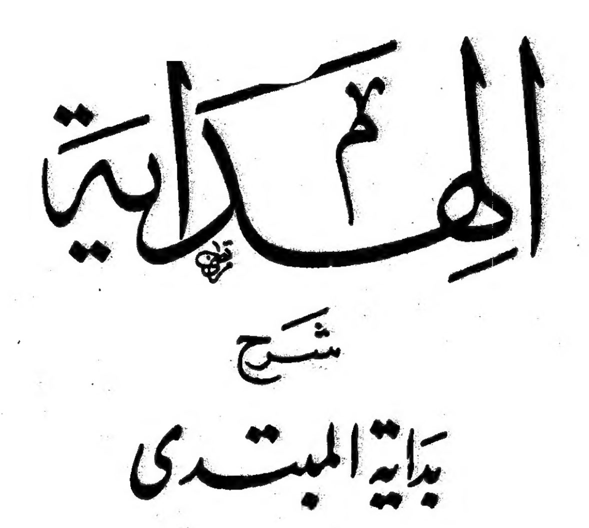


شرح

بداية المبتدي

للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

رحمه الله تعالى المتوفى ٥٩٣هـ

مع

شرح العلامة عبد الحي اللكنوي

رحمه الله تعالى المتوفى ١٣٠٣هـ



اعتنى بإخراجه وتنسيقه وتخريج أحاديثه من نصب الراية والدراية

نعيم أشرف نور أحمد

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

٤٣٧-دي ٥ گاردن ايست ٥ كراتشي ٥ باكستان

الطبعة الأولى: .... ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج: .... بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته: .... فهيم أشرف نور

من منشورات
إدارة القرآن والعلوم الإسلامية
D/ ٤٣٧ گارڈن ایسٹ کراتشي ٥ - باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٤٨٨ فاكس: ٩٢٢١-٧٢٢٣٦٨٨
E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من:
المكتبة الإمدادية .... باب العمرة مكة المكرمة - السعودية
مكتبة الإيمان .... السمانية، المدينة المنورة - السعودية
مكتبة الرشد .... الرياض - السعودية
إدارة إسلاميات .... انار كلي لاهور - باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الدعوى[١]

قال[٢]: المدعى[٣] من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة، ومعرفة الفرق بينهما[٤] من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى.
وقد اختلف عبارات المشايخ فيه، فمنها ما قال فى الكتاب[٥]، وهو حد عام صحيح[٦]، وقيل: المدعى من لا يستحق إلا بحجة[٧] كالخارج[٨]، والمدعى عليه من يكون مستحقًا[٩] بقوله: من غير حجة كذى اليد[١٠]، وقيل: المدعى من يتمسك[١١] بغير الظاهر[١٢]، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر[١٣].

---

(١) قوله: "كتاب الدعوى" لما كانت الوكالة بالخصومة التى هى أشهر أنواع الوكالات سببًا داعيًا إلى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة، لأن المسبب يتلو السبب، كذا فى "نتائج الأفكار".
والدعوى اسم للادعاء الذى هو مصدر ادعى زيد على عمر و مالا، فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه، والمال المدعى والمدعى به خطأ، وألفها للتأنيث فلا تنون، وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير، كفتوى وفتاوى، وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وفى عرف الفقهاء عن مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته.
وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطى المعاملات، وشرط صحتها مجلس القضاء، فالدعوى فى غير مجلس القضاء لا تصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابها. وحضور الخصم ومعلومية المدعى، وكونه ملزما على الخصم بالنفى أو الإثبات، حتى لو ادعى أنه وكيل هذا الخصم الحاضر فى أمر من أموره، فإن القاضى لا يسمع دعواه هذه إذا أنكر الآخر، لأنه يمكنه عزله فى الحال، وأما حكمها، فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا، ولهذا وجب على القاضى إحضاره مجلس الحكم، وهى نوعان: صحيحة، وفاسدة. (مل)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٣) قوله: "والمدعى" قيل: إن القاضى يسميه مدعيا قبل إقامة البينة، وأما بعدها يسميه محقًا لا مدعيًا.

(٤) أى بين المدعى والمدعى عليه.

(٥) يعنى القدورى. (ع)

(٦) قوله: "وهو حد عام صحيح" أما عمومه فلأنه يتناول كل واحد من الحدود التى ذكرت فى المدعى والمدعى عليه، وأما صحته فلأنه جامع مانع. (عينى)

(٧) البينة والإقرار. (ع)

(٨) قوله: "كالخارج" أى الذى يدعى عينًا فى يد رجل فإنه لا يستحق إلا بحجة، يعنى البينة أو الإقرار. (عينى)

(٩) قوله: "من يكون إلخ" لعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره. (ع)

(١٠) قوله: "كذى اليد" فإنه إذا قال: هو لى كان له ما لم يثبت الغير استحقاقه. (كفاية)

(١١) قوله: "المدعى من يتمسك إلخ" لعله منقوض بالمودع إذا قال: رددت الوديعة فإنه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر، إذ رد الوديعة ليس بظاهر، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع، ومتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان. (ك)

(١٢) إذ الظاهر أن الإملاك فى يد المالك.

(١٣) إذ الظاهر براءة الذمة.

وقال محمد في "الأصل"[1]: المدعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح[2] لكن الشأن في معرفته، والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا[3]؛ لأن الاعتبار للمعاني دون الصور[4]، فإن المودع إذا قال: رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين[5] وإن[6] كان مدعيًا للرد صورة، لأنه ينكر الضمان معنًى.

قال[7]: ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئًا معلومًا[8] في جنسه[9] وقدره[10]؛ لأن فائدة الدعوى الإلزام[11] بواسطة إقامة الحجة[12]، والإلزام في المجهول لا يتحقق. فإن كان[13] عينًا[14] في يد المدعى عليه كلف إحضارها[15] ليشير[16] إليها بالدعوى[17]، وكذا في الشهادة[18] والاستحلاف، لأن الإعلام بأقصى ما يمكن[19]

---

(١) أي المبسوط.

(٢) قوله: "وهذا صحيح" لما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: «اليمين على من أنكر»، وروى اليمين على المدعى عليه. (ع)

(٣) قوله: "والترجيح بالفقه إلخ" يعني إذا تعارضت الجهتان أي جهة الادعاء الصوري، وجهة الإنكار المعنوي، فالترجيح بالفقه، أي بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا، فإن الاعتبار للمعاني دون الصور، فالمودع إذا قال: رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على أنه ينكر الضمان معنى، ولا يعتبر كونه مدعيًا للرد صورة. وأما قبول بينته إذا أقامها على الرد فلدفع اليمين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة في "شرح الوقاية" في مسألة اختلاف الزوجين في المهر قدراً حيث قال: إن المرأة تدعى الزيادة، فإن أقامت بينة قبلت، وإن أقام الزوج تقبل أيضاً، أن البينة تقبل لدفع اليمين كما إذا قام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل، انتهى. (نت)

(٤) قوله: "دون الصور" والمباني فإنه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى، وهو إنكار معنى كالمودع إذا قال إلخ. (كفاية)

(٥) قوله: "فالقول قوله مع اليمين" ويحلفه القاضي بأنه لا يلزمه الرد، ولا ضمان ولا يحلفه على أنه رده لأن اليمين أبدا يكون على النفي. (عيني)

(٦) الواو وصلية.

(٧) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٨) فإن معلومية المدعى شرط لصحة الدعوى.

(٩) كالدراهم والدنانير والحنطة مثلا. (ع)

(١٠) مثل كذا وكذا دراهم وديناراً، وكذا كرًا.

(١١) على الخصم.

(١٢) البينة أو الإقرار.

(١٣) المدعى.

(١٤) منقولا.

(١٥) في مجلس الحكم.

(١٦) المدعى.

(١٧) فيقول: هذا الذي ادعيه.

شـرط[١]، وذلك[٢] بالإشـارة في المنقـول، لأن النقل ممكن، والإشـارة أبلغ في التعـريف[٣]، ويتـعلق بالدعـوى[٤] وجـوب الحـضـور[٥]، وعلى هـذا القـضـاة من آخرهم[٦] في كل عصر[٧] ووجوب الجواب[٨] إذا حضر ليفيد حضوره، ولزوم إحضار العين المدعاة[٩]؛ لما قلنا[١٠]، واليمين إذا أنكره[١١]، وسنذكره[١٢] إن شاء الله تعالى.

قال[١٣]: وإن لم تكن[١٤] حاضرة[١٥] ذكر قيمتها[١٦]، ليصير المدعى معلومًا، لأن العين لا تعرف بالوصف[١٧] والقيمة تعرف به، وقد[١٨] تعذر مشاهدة العين[١٩]، وقال

---

(١٨) قوله: "وكذا في الشهادة" أي كلف المدعي عليه بإحضار المدعى ليشير إليه عند أداء الشهادة، وإذا استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف إحضارها. (عيني)

(١٩) في صحة الدعى.

(١) نفيًا للجهالة.

(٢) أي الإعلام.

(٣) قوله: "أبلغ في التعريف" لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الأوصاف، فإن اشتراك شخصين فيها ممكن. (ع)

(٤) الصحيحة.

(٥) على المدعى عليه.

(٦) أي من أولهم إلى آخرهم.

(٧) من زمن المجتهدين وغيرهم.

(٨) بنعم، أو لا.

(٩) بمجلس القاضي إذا كانت منقولة قائمة في يده.

(١٠) من الإشارة إليها. (ع)

(١١) ولم يقدر المدعى على إقامة البينة.

(١٢) اليمين.

(١٣) أي القدوري.

(١٤) العين.

(١٥) قوله: "حاضرة إلخ" أي إن وقع الدعوى في عين غائبة لا يعرف مكانها بأن ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوبًا، أو جارية لا يدرى أنه قائم أو هالك. (ك)

(١٦) قوله: "ذكر قيمتها" وإن لم يبين القيمة، وقال: غصب مني عين كذا، ولا أدرى أنه هالك أو قائم، ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه، لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به. (كافي)

(١٧) قوله: "لأن العين لا تعرف بالوصف" لإمكان مشاركة أعيان كثيرة فيه، وإن بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد والقيمة تعرف به، أي القيمة شيء يعرف العين به، فذكرها يفيد، وقد تعذر مشاهدة العين، جملة حالية من قوله: والقيمة تعرف به، يعني والحال أن المشاهدة متعذرة، فيكون ذكر القيمة إذ ذاك أقصى ما يكون في الأعلام. (نت)

(١٨) الواو حالية.

(١٩) كالصبرة من الطعام.

الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة.

قال[١]: فإن ادعى عقاراً حدده[٢]، وذكر أنه في يد المدعى عليه، وأنه يطالبه؛ لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل[٣]، فيصار إلى التحديد[٤]، فإن العقار يعرف به[٥]، ويذكر الحدود الأربعة، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم[٦]، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به[٧] عند أبي حنيفة على ما عرف، وهو الصحيح[٨]. ولو كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره[٩]، فإن ذكر ثلاثة من الحدود[١٠] يكتفى بها عندنا خلافًا لزفر[١١]، لوجود الأكثر[١٢]، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة؛ لأنه يختلف به[١٣] المدعى، ولا كذلك بتركها[١٤]، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط[١٥] في الشهادة. وقوله في الكتاب[١٦]: وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه[١٧] إنما ينتصب خصماً إذا كان[١٨] في يده، وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى، وتصديق المدعى عليه أنه[١٩] في يده بل لا يثبت اليد فيه[٢٠] إلا بالبينة[٢١]، أو علم

---

(١) القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) أي ذكر حدوده.

(٣) إلى مجلس الحكم.

(٤) بعد ذكر البلد، والموضع الذى هو فيه.

(٥) أى بالتحديد.

(٦) بأن يقال: فلان بن فلان بن فلان.

(٧) أى بذكر الجد.

(٨) احترز به عما روى عنه أن ذكر الأب يكفى..

(٩) بدون نسبه.

(١٠) وسكت عن الرابعة.

(١١) هو يقول: التعريف لم يتم بدون ذكره.

(١٢) ومن ههنا يعلم أن ذكر الاثنين لا يكفى. (ع)

(١٣) أى بالغلط.

(١٤) قوله: "ولا كذلك بتركها" كما لو شهد شاهدان بالبيع، وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلطا فى الثمن لا يجوز شهادتهم لأنه صار عقاراً آخر بالغلط، وبهذا الجواب يبطل قياس زفر المتروك على الغلط. (ع)

(١٥) قوله: "يشترط" حتى لو ذكروا ثلاثة فى الحدود فى الشهادة قبلت شهادتهم خلافًا لزفر رحمه الله.

(١٦) مختصر القدورى.

(١٧) المدعى عليه.

(١٨) العقار.

(١٩) العقار.

التدبير[١]. ولنا: أن بينة الخارج أكثر إثباتًا[٢]، أو إظهارًا[٣]، لأن قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد[٤]، إذ اليد دليل مطلق الملك، بخلاف النتاج[٥]، لأن اليد لا تدل عليه[٦]، وكذا على الإعتاق وأختيه[٧] وعلى الولاء الثابت بها[٨].

قال[٩]: وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى[١٠] عليه بالنكول، وألزمه[١١] ما ادعى[١٢] عليه. وقال الشافعي: لا يقضى به[١٣] بل يرد اليمين على المدعي، فإذا حلف

ذلك، ولأحدهما يد فإنه يقضى لصاحب اليد. (ك)

(١٣) قوله: "والنكاح" بأن تنازعا في نكاح امرأة، وأقاما البينة، وهي في يد أحدهما فصاحب اليد أولى. (ك)

(١٤) قوله: "ودعوى الملك مع الإعتاق" بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه، وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه، وهو يملكه، فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج. (ك)

(١٥) قوله: "أو الاستيلاد" بأن يكون أمة في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي البينة أنها أمة استولدها فبينة ذي اليد أولى. (نت)

(١) قوله: "أو التدبير" بأن يكون عبد في يد رجل، فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على أنه عبده دبره، فبينة ذي اليد أولى. (نت)

(٢) قوله: "أكثر [أي في علم القاضي، وما هو أكثر إثباتًا من البينات أولى لتوفر ما شرعت البينات لأجله. ع] إثباتًا" لأن الخارج ببينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر يده، وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئًا، لأنه لا ملك للخارج بوجه، فلا يكون بينته مثبتة للملك، إنما هو مؤكد للملك الثابت باليد، والتأكيد إثبات وصف للموجود، لا إثبات أصل الملك، وبينة الخارج تثبت أصل الملك، فصح قولنا: إنها أكثر إثباتًا. (ك)

(٣) أي في الواقع، فإن بينة الخارج تظهر ما كان ثابتًا في الواقع. (ك)

(٤) وإلا يلزم تحصيل الحاصل.

(٥) قوله: "بخلاف النتاج" التحقيق على ما في "المغرب": أن النتاج اسم لجميع وضع الغنم والبهائم كلها عن الليث، ثم سمي به المنتوج، والنتاج للبهائم كالقابلة للنساء، يقال: قد نتج الناقة ينتجها نتجا إذا ولي نتاجها حتى وضعت. والأصل أنه يعدى إلى مفعولين، فإذا بني للمفعول الأول قيل: نتجت ولدًا، إذا وضعته، ثم إذا بني للمفعول الثاني قيل: نتج الولد، منه قول الفقهاء: ولو أقام البينة في دابة أنها نتجت عنده، أي ولدت ووضعت، وقوله الناتج أولى من العارف عنى به من نتجت عنده أو نتجها هو، وبالعارف الخارج الذي يدعي ملكًا مطلقًا دون النتاج، وإنما سمي عارفًا، لأنه قد كان فقد فكما وجده عرفه.

(٦) قوله: "لا تدل عليه" فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة، فكان كل واحد من البينتين للإثبات، فترجح إحداهما باليد. (عيني)

(٧) أي كذا اليد لا تدل على أختي الإعتاق، وهما التدبير والاستيلاد، فتعارضت بينة الخارج وذي اليد، ثم ترجحت بينة ذي اليد باليد. (عيني)

(٨) قوله: "وعلى الولاء الثابت بها" أي بهذه الأشياء الثلاثة، وهي الاستيلاد والإعتاق والتدبير، يعني أن اليد لا تدل على الولاء الثابت بها أيضًا، فاستوت البينتان في ذلك أيضًا، فترجحت أحدهما باليد. (نت)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٠) القاضي.

(١١) القاضي.

(١٢) المدعي.

يقضى به[١]، لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة، والترفع عن الصادقة، واشتباه الحال[٢]، فلا ينتصب[٣] حجة مع الاحتمال، ويمين المدعى دليل الظهور[٤]، فيصار إليه[٥]. ولنا: أن النكول دل على كونه باذلا[٦] أو مقراً[٧]، إذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب[٨]، ودفعًا للضرر عن نفسه[٩]، فيترجح هذا الجانب[١٠]، ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه[١١].

قال[١٢]: وينبغي للقاضي أن يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاثًا، فإن حلفت[١٣]، وإلا فقضيت عليك بما ادعاه، وهذا الإنذار لأعلامه بالحكم[١٤]، إذ هو[١٥] موضع الخفاء[١٦]. قال[١٧]: فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه

---

(١٣) أي بالنكول.

(١) وإن نكل انقطعت المنازعة. (ع)

(٢) قوله: "اشتباه الحال" أي يحتمل اشتباه الحال عليه بأن لا يدرى أ صادق فى إنكاره، فيحلف، أو كاذب، فيمتنع. (نت)

(٣) النكول.

(٤) قوله: "دليل الظهور" أي ظهور كون المدعى محقا فى دعواه كما كانت يمين المدعى عليه. (ك)

(٥) أي فيرجع إلى يمين المدعي.

(٦) إن كان النكول بذلا كما قال أبو حنيفةرح.

(٧) إن كان النكول إقراراً كما قالا.

(٨) لأنه عليه السلام قال: «واليمين على من أنكر»، وكلمة على للوجوب، وهو اليمين.

(٩) هو بذل المال.

(١٠) قوله: "فيترجح هذا الجانب [على الوجه المحتمل]" أي جانب كون الناكل باذلا أو مقراً على جميع الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعيرح، بناء على مقتضى ما سبق من قوله: إذا لو لا ذلك لا قدم على اليمين إقامة للواجب، ودفعًا للضرر عن نفسه. وبيان ذلك أن العاقل المتدين لا يترك الواجب عليه، ولا يترك دفع الضرر عنه بشيء من تلك الوجوه المحتملة، إما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر، إذ هو ليس بأمر ضرورى أصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس، وإما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلأن المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطى عن خصمه، فيسقط الواجب عن عهدته. فإذا لم يكن الناكل باذلا أو مقراً ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعًا، وإما باشتباه الحال، فلأن من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضًا بل يتحرى، فيقدم على إقامة الواجب، أو يعطى حق خصمه، فيسقط عن عهدته الواجب، فإن لم يكن الناكل باذلا، أو مقراً، ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضًا. (نت)

(١١) قوله: "لما قدمناه" أشار به إلى قوله: ولا يرد اليمين على المدعي؛ لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر». (نت)

(١٢) أي القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٣) فبها.

(١٤) أي الحكم بالنكول. (ك)

(١٥) أي الحكم بالنكول.

بالنكول، وهذا التكرار[١] ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط، والمبالغة في إبلاء[٢] العذر[٣]. فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز[٤]؛ لما قدمناه[٥]، هو الصحيح[٦]، والأول أولى[٧]، ثم النكول قد يكون حقيقيًا، كقوله: لا أحلف، وقد يكون حكميًا، بأن يسكت[٨] وحكمه[٩] حكم الأول إذا علم أنه لا آفة من طرش[١٠] أو خرس[١١]، هو الصحيح[١٢].

قال[١٣]: وإن كانت الدعوى نكاحًا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة، ولا يستحلف[١٤] عنده في النكاح[١٥] والرجعة، والفيء في الإيلاء، والرق،

---

(١٦) قوله: "موضع الخفاء" لأن القضاء بالنكول مجتهد فيه، فإن عند الشافعي رحمه الله لا يحكم بالنكول، بل يرد اليمين على المدعي. (ك)

(١٧) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١) قوله: "وهذا التكرار إلخ" صورة ذلك أن يقول القاضي: احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه، وهو كذا وكذا، أو لا شيء منه، فإن نكل يقوله ذلك ثانيًا، فإن نكل يقول: بقيت الثالثة، ثم أقضي عليك إن لم تحلف، ثم يقول له ثالثًا، فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعي. (ع)

(٢) إظهار.

(٣) فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام، فإن قتل بلا إمهال جاز.

(٤) ونفذ قضاءه. (ك)

(٥) من أن النكول بذل أو إقرار.

(٦) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما قيل: لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لأنها أضعف من البذل والإقرار. (ع)

(٧) أي ما ذكره الخصاف.

(٨) ولم يقل: لا أحلف.

(٩) السكوت.

(١٠) بفتحتين هو الصم. (نت)

(١١) گنگی.

(١٢) قوله: "هو الصحيح" ومنهم من قال: يحبس حتى يجيب. (نتائج الأفكار)

(١٣) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٤) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر. (نت)

(١٥) قوله: "في النكاح" بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت المرأة ذلك، أو ادعت المرأة النكاح، وأنكر الرجل. "والرجعة" بأن ادعى الرجل بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة، وأنكرت المرأة، أو ادعت المرأة ذلك، وأنكر الزوج. "والفيء في الإيلاء" بأن ادعى الزوج بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها في المدة، وأنكرت المرأة ذلك، أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج، والإيلاء هو الحلف على ترك وطئ الزوجة مدته وهي أربعة أشهر للحرة، وشهران للأمة، وحكمه وقوع طلقة بائنة إن برو لزوم الكفارة والجزاء إن حنث. "والرق" بأن ادعى مجهول النسب أنه عبده، أو ادعى ذلك على المجهول. "والنسب" بأن ادعى على مجهول أنه ولده، أو والده، وأنكر المجهول، أو بالعكس. "والولاء" بأن ادعى على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه، وأنكر المجهول، أو بالعكس، وكان ذلك في ولاء

والاستيلاد، والنسب، والولاء، والحدود، واللعان، وقال أبو يوسف ومحمد[١]: يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان. وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية[٢]: أنا أم ولد مولاي[٣] هذا ابني منه[٤]، وأنكر المولى، لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكارها. لهما: أن النكول إقرار[٥] لأنه[٦] يدل على كونه كاذبًا في الإنكار[٧] على ما قدمناه[٨]، فكان إقرارًا، أو بدلا

الموالاة، إذ الولاء يشمل ولاء العتاقة، وولاء المولاة. "والحدود" بأن قال رجل لآخر: لي عليك حد قذف، وهو ينكر. "واللعان" بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفا يوجب اللعان وأنكر الزوج.

ثم اعلم أن من قذف بالزنا زوجته العفيفة لاعن، وصورته: أن يقول هو أولا أربع مرات: أشهد بالله أني صادق فيما رميتها به من الزنا، وفي الخامسة: لعنة الله عليه إن كان كاذبًا فيما رماها من الزنا مشيرًا إليها في جميعه، ثم تقول: هي أربع مرات أشهد بالله أنه كاذب فيما رماني به من الزنا، وفي الخامسة: غضب الله عليها إن كان صادقا فيما رماني به من الزنا، وإذا تلاعنا يفرق القاضي بينهما، وهو طلقة بائنة. (مل)

قوله: في "النكاح إلخ" لا تحليف في نكاح أنكره هو، أو هي، ورجعة جحدها هو أو هي بعد عدة قيد للثاني كما في الدار، وفيء وإيلاء أنكره أحدهما بعد المدة واستيلاد تدعيه الأمة، ولا يتأتى عكسه لثبوته بإقراره، ورق ونسب، وفي المنظومة وولاء. قال في الحقائق: لم يقل: ونسب لأنه إنما يستحلف في النسب المجرد، عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل، والأب في حق المرأة ابن كمال، وولاء عتاقة، أو موالاة ادعاه الأعلى، أو الأسفل، وحد ولعان، والفتوى على أنه يحلف المنكر في الأشياء السبعة، أي السبعة الأولى من التسعة.

قال الزيلعي: وهو قولهما، والأول قول الإمام، قال الرملي: ويقضى عليه بالنكول عندهما، ومن عدها ستة الحق هو ميت الولد بالنسب أو الرق، والحاصل أن المفتى به التحليف في الكل إلا في الحدود، ومنها حد قذف ولعان، فلا يمين إجماعًا إلا إذا تضمن حقا، بأن علق عتق عبده بزنا نفسه فللعبد تحليفه، فإن نكل ثبت العتق لا الزنا.

وكذا يستحلف السارق لأجل المال، فإن نكل ضمن، ولم يقطع، وكذا يحلف في النكاح إن ادعت هي المال، أي ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة، فأنكر الزوج يحلف، فإن نكل يلزمه المال، ولا يثبت الحل عنده، لأن المال يثبت بالبذل لا الحل، وفي النسب إذا ادعى حقا مالا كان كالإرث والنفقة، أو غير مال كحق الحضانة في اللقيط، والعتق بسبب الملك، وامتناع الرجوع في الهبة، فإن نكل ثبت الحق، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار، وإن كان منه فعلى الخلاف المذكورة، وكذا منكر العقود. (ابن كمال)

وفي صدر الشريعة: فيلغز أيما امرأة تأخذ نفقة غير متعددة ولا حائضة، ولا نفساء، ولا يحل وطئها، وفيه: ويلغز أي شخص أخذ الإرث، ولم يثبت نسبه كما لو ادعى إرثًا بسبب أخوة، فأنكر أخوته. والحاصل: أن هذه الأشياء لا تحليف فيها عند الإمام، لأنه بذل ما لم يدع فيها مالا، فإنه يحلف وفاقًا. (سائحاني من "رد المحتار على الدر المختار")

(١) والفتوى على قولهما، كذا في "الكفاية" نقلا عن قاضي خان.

(٢) قوله: "وصورة الاستيلاد إلخ" إنما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين أخواته تنبيهًا على امتناع الدعوى في هذه الصورة إلا من جانب واحد، بخلاف أخواته الخلافية، فإن للدعوى فيها مساغا من الجانبين. (نت)

(٣) أو أنها ولدت منه ولدًا، وقد مات الولد. (ك)

(٤) المولى.

(٥) يعني أن فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكول إلخ.

(٦) أي النكول.

(٧) السابق.

(٨) قوله: "على ما قدمناه" يعني قوله: إنه لولاذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب، ودفعًا للضرر عن نفسه.(ب)

عنه[١]، والإقرار يجرى فى هذه الأشياء[٢] لكنه إقرار فيه شبهة[٣]، والحدود تندرئ بالشبهات، واللعان فى معنى الحد[٤]. ولأبى حنيفة: أنه بذل[٥] لأن معه[٦] لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود[٧]، وإنزاله باذلا أولى[٨] كيلا يصير كاذبًا فى الإنكار[٩]، والبذل لا يجرى فى هذه الأشياء[١٠].

وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول[١١]، فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة[١٢]، فيملكه المكاتب[١٣]، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة[١٤]، وصحته

---

(١) قوله: "فكان إقرارًا، أو بدلا [أى خلفًا. ك] عنه [أى عن الإقرار، هذا الترديد من قبيل ما يسمى فى علم النظر تغيير الدعوى]" هذا فى الحقيقة جواب عن شبهة ترد على كون النكول إقرارًا عندهما هى ما إذا كفل بما وجب على فلان، فادعى المكفول له مالا على فلان، فنكل فلان لا يقضى بالمال على الكفيل، ولو كان النكول إقرارًا يقضى به على الكفيل، كما لو أقر وأجيب بأن أبا يوسف ومحمدًا رح يقولان: إن النكول بدل الإقرار فى قطع الخصومة لا أنه يكون إقرارًا حقيقة، ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول بخلاف الإقرار. (عينى)

(٢) المذكورة.

(٣) لأنه فى نفسه سكوت. (نت)

(٤) قوله: "فى معنى الحد" لأنه قائم مقام حد القذف فى حق الزوج، وقائم مقام حد الزنا فى حق المرأة. (عينى)

(٥) قوله: "أنه بذل" وتفسير البذل عنده ترك المنازعة، والإعراض عنها لا الهبة والتمليك، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا ادعى نصف الدار شائعًا، وأنكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول، وهبة نصف الدار شائعًا لا يصح. (نت)

(٦) أى مع البذل.

(٧) أى عن اليمين وهو ترك الخصومة. (نت)

(٨) قوله: "وإنزاله باذلا أولى [أى من إنزاله مقرًا. نت]" جواب لما يقال: إن اليمين كما لا تبقى مع البذل لا تبقى مع الإقرار، فلم جعله أبو حنيفة رح بذلا، ولم يجعله إقرارًا كما جعلاه، فقال: إنزاله باذلا أولى، لأنا لو حملناه على الإقرار لكذبناه فى الإنكار، ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب، فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب. (ك)

(٩) السابق.

(١٠) قوله: "لا يجرى فى هذه الأشياء [فلا يقضى فيها بالنكول]" فإن المرأة لو قالت: لا نكاح بينى وبينك، ولكن بذلت لك نفسى لا يعمل بذلها، وكذا لو قال: لست بابن فلان، ولا مولى له، بل أنا حر الأصل، ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فأبحت له، وكذا لو قال: أنا حر الأصل، ولكن أبذل له نفسى ليسترقنى لا يعمل بذله أصلا، بخلاف المال فإنه لو قال: هذا المال ليس له، ولكنى أبيحه وأبذله له لأتخلص من خصومته صح بذله، فالحاصل أن كل محل يقبل الإباحة بالإذن ابتداء يقضى عليه بنكوله، وما لا فلا. (ك)

(١١) قوله: "وفائدة إلخ" يعنى أن البذل لا يجرى ففات فائدة الاستحلاف فإن فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكول بذل والبذل فيها لا يجرى فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة. (ع)

(١٢) قوله: "إلا أن هذا إلخ" جواب سؤال تقريره لو كان بذلا لا يملكه المكاتب والعبد المأذون، لأن فيه معنى التبرع، وهما لا يملكان التبرع. (ع)

(١٣) قوله: "فيملكه إلخ" يعنى لما كان النكول بذلا عنده كان ينبغى أن لا يعتبر النكول من المكاتب، والمأذون لأنهما لا يملكان البذل، وإنما اعتبر النكول منهما لأنه بذل لقطع الخصومة، فلا يجدان بدًا منه، فيملكانه كالضيافة اليسيرة. (ك)

في الدين[١] بناءً على زعم المدعي، وهو[٢] يقبضه حقا لنفسه، والبذل معناه ههنا[٣] ترك المنع[٤]؛ وأمر المال هين[٥].

قال[٦]: ويستحلف السارق[٧] فإن نكل ضمن ولم يقطع، لأن المنوط[٨] بفعله[٩] شيئان الضمان[١٠]، ويعمل فيه[١١] النكول والقطع، ولا يثبت[١٢] به، فصار كما إذا شهد عليه رجل وامرأتان[١٣].

قال[١٤]: وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول[١٥] استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعًا؛ لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال، وكذا[١٦] في النكاح إذا ادعت[١٧] هي[١٨] الصداق،

---

(١٤) فإنها من لوازم التجارة.

(١) قوله: "وصحته إلخ" جواب لأن يقال: لو كان النكول بذلا لما جرى في الدين لأن محله الأعيان لا الديون إذ البذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف، والدين وصف في الذمة، فأجاب بأن البذل ههنا ترك المنع كأن المدعي يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه، ولا مانع له، وأمر المال هين، بخلاف النكاح ونحوه، فإن قيل: هذا التعليل مخالف للحديث المشهور، وهو قوله عليه السلام: «واليمين على من أنكر»، قلنا: خص منه الحدود واللعان، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس. (كفاية)

(٢) أي المدعي.

(٣) أي في الدين.

(٤) من المدعى عليه.

(٥) قوله: "وأمر المال هين [آسان]" جواب سؤال مقدر هو أنه هلا جعل في الأشياء المذكورة أيضًا تركًا للمنع حتى يجري فيها. أجاب بأن أمر المال هين، لأن المال خلق في الأصل مباحًا مبذولا لمصالح الناس، فيجري فيه الإباحة، بخلاف تلك الأشياء، فإن أمرها ليس بهين حيث لا يجري فيها الإباحة. (مل)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٧) بالله ما له عليك هذا المال. (ع)

(٨) المتعلق.

(٩) وهو السرقة. (نت)

(١٠) أي ضمان المال.

(١١) أي يثبت بالنكول لأنه يجري فيه البذل.

(١٢) قوله: "ولا يثبت" أي لا يثبت القطع بالنكول لأنه لا يجري البذل في الحدود.

(١٣) حيث يثبت المال ولا يثبت القطع.

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) أو بعد الدخول، كذا في "نتائج الأفكار".

(١٦) أي يستحلف الزوج.

(١٧) وطلبت المال.

(١٨) أي المرأة.

لأن ذلك دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله[١]، ولا يثبت النكاح[٢]، وكذا[٣] في النسب إذا ادعى حقًا كالإرث[٤] والحجر[٥] في اللقيط والنفقة، وامتناع الرجوع في الهبة، لأن المقصود هذه الحقوق. وإنما يستحلف في النسب المجرد[٦] عندهما[٧] إذا كان يثبت[٨] بإقراره[٩] كالأب والابن[١٠] في حق الرجل[١١]، والأب في حق المرأة[١٢]، لأن في دعواها الابن تحميل النسب[١٣] على الغير[١٤]، والمولى والزوج في

(١) أى الزوج.

(٢) قوله: "ولا يثبت النكاح" فإن قلت: وجب أن يثبت النكاح أيضًا، لأنه يثبت بالشبهات، قلت: البذل لا يجرى فيه كما مر، فإن قيل: يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم أى المهر بدون اللازم أى النكاح.

قلت: إن ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه، وأما ثبوته عند القاضي، فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لجواز أن يقوم الحجة على الأول دون الثاني، فالذي يلزم من المسألة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده، ولا محذور فيه لعدم الاستلزام. (مل)

(٣) أى يستحلف.

(٤) قوله: "كالإرث" بأن ادعى رجل على رجل آخر أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما، وترك مالا في يد المدعى عليه، فإنه يستحلف على النسب إجماعًا، فإن حلف برئ، وإن نكل يقضى بالمال دون النسب، والحجر في اللقيط بأن كان صبيًا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط، فادعت أخوّته حرة، تريد قصر يد الملتقط بحق حضانتها، وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب. والنفقة، بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه، وأن نفقته عليه، فأنكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع، فإن نكل يقضى بالنفقة دون النسب، وامتناع الرجوع في الهبة بأن الواهب أراد الرجوع، فقال الموهوب له: أنا أخوك، فلا رجوع لك، فالواهب يستحلف، فإن نكل ثبت الامتناع من الرجوع، ولا يثبت النسب قوله: لأن المقصود هذه الحقوق أى مقصود المدعى في هذه المسائل هذه الحقوق، وإثبات المال، دون النسب المجرد، فعند النكول يثبت الحق، والمال دون النسب. (مل)

(٥) بغل وكنار. (غياث)

(٦) قيد به احتراز عما هو مقرون بدعوى المال، كما مر آنفًا.

(٧) فإن النكول عندهما إقرار.

(٨) قوله: "إذا كان يثبت إلخ" ادعى رجل أن فلانًا ابني، أو ادعى أنه أبي فإذا نكل يثبت، وفي حق المرأة ادعت أن فلانًا أبي يثبت النسب بالنكول. (مل)

قوله: "إذا كان" وهذا بناء على أن النكول بدل من الإقرار، فلا يعمل إلا في موضع يعمل فيه الإقرار. (مير جان)

(٩) أى بإقرار المقر.

(١٠) قوله: "والابن" فلو ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، ولم يدع مالا يستحلف عندهما لأنه لو أقر به يثبت فيستحلف لرجاء النكول الذي هو إقرار، وإن ادعى أنه أخوه أو عمه، أو ما أشبه ذلك لا يستحلف المدعى عليه، لأنه لو أقر به لا يثبت لأن فيه تحميل النسب على الغير. (كافي)

(١١) قوله: "في حق الرجل [فإن إقراره يصح بالأب والابن]" فإنه إذا أقر بالأب أو الابن يصح إقراره، ويثبت نسب المقر له منه بمجرد إقراره. (نت)

(١٢) قوله: "في حق المرأة" فإنها إذا أقرت بالأب يصح إقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد إقرارها، أما لو أقرت بالابن فلا يصح إقرارها، ولا يثبت نسبه منها. (نت)

(١٣) فلا يجوز.

حقهما[١]. قال[٢]: ومن ادعى قصاصًا على غيره، فجحده استحلف[٣] بالإجماع[٤]، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص[٥]، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر، وهذا[٦] عند أبي حنيفة.

وقالا: لزمه الأرش[٧] فيهما[٨]، لأن النكول إقرار فيه شبهة[٩] عندهما، فلا يثبت به القصاص، ويجب به المال خصوصًا[١٠] إذا كان[١١] امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه[١٢]، كما إذا أقر بالخطاء والولي يدعي العمد[١٣].

ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال[١٤]، فيجري فيها البذل[١٥]، بخلاف الأنفس[١٦]، فإنه لو قال: اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان[١٧]، وهذا

---

(١٤) أي الزوج.

(١) قوله: "في حقهما" أي في حق الرجل والمرأة، لأن إقرار الرجل والمرأة جميعا بالمولى والزوج يصح. (عيني)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) المدعى عليه.

(٤) سواء كان الدعوى في النفس أو فيما دونها. (ع)

(٥) في العمد.

(٦) أي الذي ذكر من أن النكول فيما دون النفس والنكول في النفس.

(٧) الدية.

(٨) أي في النفس والطرف.

(٩) قوله: "إقرار فيه شبهة" لأنه إن امتنع عن اليمين الصادقة تورعًا لا يكون إقرارًا، بل يكون بذلا. (نت)

(١٠) قوله: "خصوصًا إلخ" الأصل أن امتناع القصاص إذا كان لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال، وإذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب على المدعى عليه شيء لا القصاص ولا المال، كما إذا أقام مدع القصاص على ما ادعى رجلا وامرأتين، أو الشهادة على الشهادة، وكما إذا ادعى الولي الخطأ والقاتل العمد. (ك)

(١١) وفيما نحن فيه كذلك لأنه لم يصرح بالإقرار، فأشبه الخطأ. (عناية)

(١٢) أي من يجب عليه القصاص.

(١٣) فيجب المال.

(١٤) قوله: "يسلك بها مسلك الأموال" لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال، فإذاكان كذلك فيجري إلخ.(ب)

(١٥) قوله: "فيجري فيها البذل [كما في الأموال]" فإن قيل: لما قطع الطرف وكان عند أبي حنيفة رح أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال كان ينبغي أن يجري الاستحلاف في قطع السرقة أيضًا، ويثبت القطع عند النكول كما في النكول في قصاص الأطراف قلنا: القطع في السرقة خالص حق الله تعالى جزاء، فلا يثبت مع الشبهة، أما القصاص في الطرف فحق العبد الذي يسلك به مسلك الأموال، فقوبل مقابلة الأموال في ثبوته مع الشبهة. (ك)

(١٦) حيث لا يجري فيها البذل. (نت)

(١٧) قوله: "لا يجب الضمان" أي على القاطع، وهذا أي عدم وجوب الضمان إعمال للبذل في الأطراف، وأما لو قال: اقتلني، فقتله فإنه يجب عليه القصاص في رواية، والدية في أخرى، وهذا دليل على عدم جريان البذل في الأنفس، ولما استشعر أن يقال: لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لكان ينبغي أن يباح قطع

إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل[١] مفيد[٢] لاندفاع الخصومة به[٣]، فصار كقطع اليد للآكلة[٤]، وقلع السن[٥] للوجع، فإذا امتنع القصاص[٦] فى النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به[٧]، كما في القسامة[٨].

قال[٩]: وإذا قال المدعى: لى بينة حاضرة[١٠]، قيل لخصمه: أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام، كيلا يغيب نفسه[١١]، فيضيع حقه[١٢]، والكفالة بالنفس جائزة عندنا[١٣]، وقد مر من قبل[١٤]، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان[١٥] عندنا؛ لأن فيه نظرا للمدعى، وليس فيه[١٦] كثير ضرر بالمدعى عليه، وهذا لأن الحضور مستحق عليه[١٧] بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه[١٨]، ويحال[١٩] بينه[٢٠] وبين أشغاله

يده، وإذا قال: اقطع يدى كما يباح أخذ ماله إذا قال: خذ مالى، أجاب عنه بقوله: إلا أنه لا يباح إلخ. (نت)

(١) أى الذى بالنكول. (نت)

(٢) فيكون مباحًا. (ع)

(٣) أى بهذا البذل.

(٤) قوله: "للآكلة" على وزن الفاعلة، وهى قرحة غائرة فى البدن كثيرة العفن، وسببه دم فاسد. (عينى)

(٥) از بيخ بركندن.

(٦) أى بالنكول لعدم جريان البذل فى النفس. (نت)

(٧) أى بذلك الحق. (نت)

(٨) قوله: "كما فى القسامة" أى تقسيم اليمين على أهل المحلة، فإنه إذا وجد القتيل فى محلة، ولم يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يختارهم الولى: بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا، فإذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرأوا أو يحلفوا. (عينى)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) فى المصر.

(١١) المدعى عليه.

(١٢) المدعى.

(١٣) لا عند الشافعى.

(١٤) فى أول كتاب الكفالة.

(١٥) قوله: "استحسان [والقياس يأباه قبل إقامة البينة. ع] عندنا" والقياس أن لا يجوز، وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالإنكار، فلا يجب عليه إعطاء الكفيل. (نت)

(١٦) قوله: "وليس فيه كثير ضرر إلخ" لأنه إن لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر، وإن كان من قصده الاختفاء كان ظالمًا، فلا ينظر له، فيكفل احتياطًا. (ك)

(١٧) أى على المدعى عليه.

(١٨) قوله: "حتى يعدى عليه" من الإعداء على لفظ المجهول يقال: استعدى فلان الأمير على من ظلمه، أى استعان منه فأعداه الأمير عليه، أى أعانه الأمير عليه ونصره. (نت)

(١٩) من الحيلولة.

فيصح التكفيل بإحضاره، والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة[١] وهو الصحيح، ولا فرق فى الظاهر[٢] بين الخامل[٣] والوجيه[٤]، والحقير من المال والخطير، ثم لا بد من قوله[٥]: لى بينة حاضرة للتكفيل، ومعناه فى المصر، حتى لو قال المدعى: لا بينة لى، أو شهودى غُيَّب[٦] لا يكفل لعدم الفائدة[٧].

قال[٨]: فإن فعل[٩] وإلا أمر بملازمته كيلا يذهب حقه، إلا أن يكون[١٠] غريبًا[١١]، فيلازم مقدار مجلس القاضى[١٢]، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء[١٣] منصرف إليهما[١٤]؛ لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك[١٥] إضرارًا به بمنعه عن السفر[١٦]، ولا ضرر فى هذا المقدار[١٧] ظاهرًا، وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر[١٨] إن شاء الله تعالى.

---

(٢٠) المدعى عليه.

(١) وعن أبى يوسف أنه قدر بمجلس القاضى. (ك)

(٢) قوله: "فى الظاهر [أى ظاهر الرواية] إلخ" وعن محمد أنه إن كان معروفًا، والظاهر أنه لايخفى نفسه بذلك القدر لايجر على إعطاء الكفيل، وكذا لوكان المدعى حقيرًا لايخفى المرء نفسه بذلك القدر لايجرى على إعطاء الكفيل. (ك)

(٣) گمنام وبى قدر.

(٤) ذى وجاهه.

(٥) المدعى.

(٦) جمع غائب.

(٧) قوله: "لعدم الفائدة" لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود، وذلك فى الهالك محال. (عناية)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٩) فبها، وأعطى الكفيل.

(١٠) المدعى عليه.

(١١) أى مسافرًا على الطريق.

(١٢) قوله: "فيلازم مقدار إلخ" لأن هذا القدر يحصل به النظر للمدعى، فأما فى إمساكه على باب القاضى يوما أو أكثر ليحضر المدعى بينة ضرر على المطلوب، فإذا جاء أوان قيام القاضى عن المجلس، ولم يحضر المدعى بينة، فإن القاضى يحلفه ويخلى سبيل المطلوب ليذهب حيث شاء. (عينى)

(١٣) المذكور بقوله: إلا أنْ يكون إلخ.

(١٤) أى إلى أخذ الكفيل والملازمة.

(١٥) أى مقدار مجلس القاضى.

(١٦) قوله: "بمنعه عن السفر" فيؤدى إلى إلحاق الضرر به، وإن كان المدعى يتضرر بذلك لأن ضرر المسافر حقيقة، وضرر المدعى موهوم، فربما يكون صادقًا فى الدعوى أو كاذبًا، والموهوم لا يعارض المحقق. (عينى)

(١٧) أى مقدار مجلس القاضى.

(١٨) قوله: "نذكرها إلخ" والذى يذكر المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار، ولا يجلسه فى موضع، لأنه

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف[١]

قال[٢]: واليمين بالله دون غيره؛ لقوله عليه السلام*: «من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر[٣]»، وقال عليه السلام: «من حلف بغير الله فقد أشرك[٤]»، وقد يؤكد[٥] بذكر أوصافه، وهو[٦] التغليظ، وذلك مثل قوله[٧]: قل: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك، ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه، وهو كذا وكذا، ولا شىء منه[٨]. وله أن يزيد فى التغليظ[٩] على هذا[١٠]، وله[١١] أن ينقص منه، إلا أنه يحتاط[١٢] كيلا يتكرر عليه اليمين، لأن المستحق يمين واحدة، والقاضى بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ، فيقول: قل بالله، أو والله، وقيل: لا يغلظ على المعروف بالصلاح، ويغلظ على غيره، وقيل: يغلظ فى الخطير من المال[١٣] دون الحقير. قال[١٤]: ولا يستحلف بالطلاق، ولا بالعتاق؛ لما روينا[١٥]، وقيل: فى زماننا

حبس، ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج، لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة، انتهى. (نت)

(١) قوله: "فصل فى كيفية اليمين إلخ" لما ذكر نفس اليمين وأنه فى أى موضع يحلف ذكر فى هذا الفصل صفتها، لأن كيفية الشيء وهى ما يقع به المشابهة واللا مشابهة صفة والصفة تقضى سبق الموصوف. (نتائج)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٢، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٤١ ص١٧٦. (نعيم)

(٣) فى الصحيحن من حديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت». (على قارى)

(٤) رواه أحمد والترمذى والحاكم فى "مستدركه". (على قارى)

(٥) اليمين.

(٦) أى ذكر الأوصاف.

(٧) القاضى.

(٨) قوله: "ولا شىء منه" وإنما ذكر ولا شيء منه لجواز أنه قد أدى البعض. (مل)

(٩) قوله: "وله [أى للقاضى] أن يزيد إلخ" وذلك لأن أحوال الناس فيه مختلفة، فمنهم من يمتنع عن التغليظ ومنهم من يتجاسر ولا يبالى. (عينى)

(١٠) المذكور.

(١١) أى للقاضى.

(١٢) قوله: "إلا أنه [القاضى] يحتاط" والاحتياط أن يذكر الأسماء والصفات بغير واو، فلو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات، صارت ثلاثة أيمان، والمستحق يمين واحدة. (ك)

(١٣) قوله: "فى الخطير [العظيم] من المال" وفى الإقرار إذا قال: لفلان مال عظيم يلزمه النصاب الشرعى. (عينى)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(١٥) قوله: "لما روينا" وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر». (نت)

إذا ألحّ[1] الخصم ساغ للقاضي[2] أن يحلّف[3] بذلك[4] لقلة المبالاة[5] باليمين بالله، وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق.

قال[6]: ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم[7] لابن صوريا[8] الأعور: «أنشدك[9] بالله الذي أنزل التوراة على موسى إن حكم الزنا في كتابكم هذا[10]»*، ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام، والنصراني نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ[11] على كل واحد منهما بذكر المنزّل على نبيه. ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار[12]، وهكذا ذكر محمد في الأصل[13]، ويروى عن أبي حنيفة أنه[14] لا يستحلف أحدًا إلا بالله خالصًا[15].

وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله، وهو اختيار بعض مشايخنا؛ لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها، وما ينبغي أن

---

(١) إلحاح: مبالغه كردن در كارى. (م)

(٢) قوله: "ساغ [جاز] للقاضي" لكنهم قالوا: إن نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعًا، ولو قضى به لم ينفذ قضاءه. (ع)

(٣) قوله: "أن يحلف" القائل بالتحليف بالطلاق والعتاق، يقول: إنه غير مشروع، ولكن يعرض عليه لعله يمتنع فإن من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذبًا، فإنه يؤدي إلى طلاق الزوجة، وعتق الأمة أو إمساكهما بالحرام بخلاف اليمين بالله تعالى فإنه يتساهل به في زماننا كثيرًا. (رد المحتار)

(٤) أي بالطلاق والعتاق.

(٥) باك داشتن.

(٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) قوله: "لقوله" روى أبو داود عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال لليهود: انشدكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى. (علي قاري)

(٨) بالقصر اسم أعجمي. (ك)

(٩) نشد بالله: سوگند داد بخدا. (من)

(١٠) أي تسخيم الوجه وغيره.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٤٢ ص١٧٦. (نعيم)

(١١) للروع عن اليمين الكاذبة.

(١٢) قوله: "ويحلف المجوسي إلخ" وذلك لأن المجوسي يعتقد الحرمة في النار، فيمتنع عن اليمين الكاذبة، فيحصل المقصود. (نت)

(١٣) أي المبسوط.

(١٤) القاضي.

(١٥) قوله: "إلا بالله خالصًا" أي لا يذكر غير اسم الله وصفاته لا في حق المسلم ولا في حق الكافر. (عيني)

تعظم[١]، بخلاف الكتابين[٢] لأن كتب الله معظمة[٣].

والوثنى لا يحلف إلا بالله؛ لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى[٤]، قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله﴾، قال[٥]: ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم؛ لأن القاضى لا يحضرها بل هو[٦] ممنوع[٧] عن ذلك[٨].

قال[٩]: ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان[١٠]؛ لأن المقصود[١١] تعظيم المقسم به، وهو حاصل بدون ذلك[١٢]، وفى إيجاب ذلك[١٣] حرج على القاضى حيث يكلف حضورها[١٤] وهو مدفوع[١٥].

قال[١٦]: ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف[١٧]، فجحد استحلف[١٨] بالله ما بينكما بيع قائم فيه[١٩]، ولا يستحلف بالله ما بعت[٢٠]؛ لأنه قد يباع العين، ثم يقال

غيرها من المخلوقات، فكما لا يستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس

وفى "المبسوط": وكأنه وقع عند محمد رح أنهم يعظمون النار تعظيم

اليمين. (نت)

ذكر مع اسم الله تعالى. (نت)

رح: إن كانت اليمين فى قسامة أو لعان، أو فى مال عظيم يبلغ عشرين

ان بمكة، وعند منبر النبى عليه السلام فى المدينة، والمسجد الجامع فى

بعد العصر يوم الجمعة. (ك)

(١٣) أى التغليظ بالزمان والمكان.

(١٤) قوله: "يكلف حضورها" أى حضور بقعة معينة من المكان، وساعة معينة من الزمان. (عينى)

(١٥) شرعًا.

(١٦) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٧) قوله: "ومن ادعى إلخ" هذا بيان نوع آخر من كيفية اليمين، وهو الحلف على الحاصل والسبب. (ع)

(١٨) القاضى.

فيه، ويستحلف في الغصب[١] بالله ما يستحق عليك رده، ولا يحلف بالله ما غصبت؛ لأنه قد يغصب ثم يفسخ[٢] بالهبة والبيع، وفي النكاح[٣] بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال؛ لأنه قد يطرأ عليه الخلع[٤].

وفي دعوى[٥] الطلاق[٦] بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت، ولا يستحلف بالله ما طلقها؛ لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة، فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه[٧]، لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا[٨] قول أبي حنيفة ومحمد. أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب[٩] إلا إذا عرّض المدعى عليه[١٠] بما ذكرنا[١١]، فحينئذٍ يحلف على الحاصل.

وقيل[١٢]: ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب[١٣] يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل، فالحاصل هو الأصل عندهما[١٤] إذا كان سببًا يرتفع

---

(١٩) العبد.

(٢٠) قوله: "ولا يستحلف بالله ما بعت" لأنه إذا حلف على البيع يضطر إلى اليمين الكاذبة. (عيني)

(١) أي في دعوى الغصب إذا أنكر.

(٢) الغصب.

(٣) قوله: "وفي النكاح" أي في دعوى النكاح على امرأة أنه تزوجها، فأنكرت هي أو بالعكس.

(٤) بأن خالعها بعد النكاح.

(٥) قوله: "وفي دعوى إلخ" زاد ذكر الدعوى في هذه المسألة التي هي أخرى المسائل المتناهي المذكورة ههنا إيماء إلى أنها معتبرة في المسائل السابقة أيضًا إلا أنها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام. (نت)

(٦) بأن ادعت على رجل أنه طلقها ثلاثًا.

(٧) قوله: "في هذه الوجوه [أي دعوى ابتياع العبد والغصب والنكاح والطلاق]" قال بعض العلماء ههنا كلام، وهو أنه لا يحلف في النكاح عند أبي حنيفة رح، فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده، كما لا يخفى، انتهى. أقول: هذا ظاهر، ولكن الظاهر أيضًا أن يحمل كلام المصنف ههنا على التغليب، أي تغليب سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتماداً على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح مما مر. (نتائج)

(٨) أي الحلف على الحاصل.

(٩) قوله: "على السبب" لأن اليمين يستوفي حق المدعي، فوجب أن يكون مطابقا لدعواه، والمدعي يدعي السبب. (عيني)

(١٠) قوله: "إلا إذا عرض إلخ" والتعريض أن يقول للقاضي إذا أراد أن يستحلف على السبب، وقال له: قل والله ما بعت أيها القاضي البيع قد يقال، وكذا في أخواته بأن يقول: الغصب قد يفسخ بالهبة أو البيع والنكاح قد يطرأ عليه الخلع والنكاح قد يجدد بعد الإبانة. (ك)

(١١) أي برفع السبب.

(١٢) قوله: "وقيل" قائله شمس الأئمة الحلواني قال في "الذخيرة": وهو حسن، وعليه عمل أكثر القضاة. (عيني)

(١٣) بأن قال ما بعت، أو ما غصبت مثلا.

برافع[١]، إلا إذا كان فيه[٢] ترك النظر في جانب المدعى، فحينئذٍ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك[٣] مثل أن تدعى[٤] مبتوتة[٥] نفقة العدة، والزوج ممن لا يراها[٦]، أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها[٧]، لأنه لو حلف على الحاصل[٨] يصدق في يمينه في معتقده، فيفوت النظر في حق المدعى.

وإن كان[٩] سببًا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه[١٠] بخلاف الأمة[١١] والعبد الكافر[١٢]؛ لأنه يتكرر الرق عليها بالردة[١٣] واللحاق[١٤]، وعليه بنقض العهد[١٥] واللحاق[١٦]، ولا يكرر على العبد المسلم[١٧].

---

(١٤) الطرفين.

(١) قوله: "إذا كان [السبب] سببًا إلخ" كالبيع يقال فيه: والغصب يفسخ بالهبة والنكاح يفسخ بالخلع والطلاق يتجدد فيه بعد الإبانة. (عينى)

(٢) أى في الحلف على الحاصل.

(٣) ترك النظر.

(٤) على زوجها.

(٥) مبانة ثلاثًا.

(٦) قوله: "ممن لا يراها [نفقة عدة المبانة ثلاثًا]" أى ممن لا يرى نفقة المبانة، بأن كان شافعي المذهب، فإنه لا يحلف على الحاصل لأن الزوج يكون صادقا في اعتقاده، لأنه لا نفقة لها، فلا يمتنع عن اليمين، ويكون فيه ترك نظرها، بل يحلف على السبب؛ لئلا يكون ترك النظر. (عينى)

(٧) أى شفعة الجواز بأن كان شافعيًا.

(٨) قوله: "لأنه لو حلف إلخ" فإن قيل: في التحليف على السبب يتضرر المدعى عليه أيضًا لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب، قلنا: القاضى لا يجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما، فكان مراعاة جانب المدعى أولى، لأن السبب الموجب للحق وهو الشراء إذا ثبت ثبت له الحق، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة، فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض. (نت)

(٩) السبب.

(١٠) فإن المولى يحلف بالله ما أعتقت.

(١١) قوله: "بخلاف الأمة" إذا ادعت على مولاها أنه أعتقها فإنه لا يحلف بالله ما أعتقها، ولكن يحلف على الحاصل أى ما هى حرة في الحال. (مل)

(١٢) قوله: "والعبد الكافر" إذا ادعى على مولاه بالعتق فإنه لا يحلف بالله ما أعتقه لأنه يتكرر العتق عليه بل يحلف على الحاصل، أى ما هو حرفى الحاصل. (مل)

(١٣) بعد العتق.

(١٤) بدار الحرب ثم سبيت.

(١٥) أى عهد الذمة.

(١٦) بدار الحرب.

قال[١] : ومن ورث عبدًا[٢] ، وادعاه آخر يستحلف على علمه[٣] ؛ لأنه لا علم له بما صنع المورث[٤] ، فلا يحلف على البتات[٥] .

وإن وهب له[٦] أو اشتراه[٧] يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين إذ الشراء[٨] سبب لثبوت الملك وضعًا وكذا الهبة .

قال[٩] : ومن ادعى على الآخر مالا ، فافتدى يمينه[١٠] ، أو صالحه منها[١١] على عشرة دراهم فهو جائز ، و هو[١٢] مأثور عن عثمان ، وليس له[١٣] أن يستحلفه[١٤] على تلك اليمين أبدًا لأنه أسقط حقه[١٥] .

---

(١٧) قوله: "ولا يكرر [الرق] على العبد المسلم" فإن التكرار إنما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، وهو بالنسبة إلى المسلم لا يتصور، لأنه يقتل بالارتداد. (عناية)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٢) قوله: "ومن ورث إلخ" هذا نوع آخر من كيفية اليمين على العلم لا على البتات، والضابطة فى ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم إذا قال المدعى عليه لا علم لى بذلك، وأما إذا كان له علم بذلك يحلف على البتات، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان الحلف على البتات. (ع)

(٣) بأن يحلف بالله ما يعلم أن هذا الشيء الذى فى يدك لهذا المدعى.

(٤) قوله: "لأنه لا علم له إلخ" وذكر فخر الإسلام فى "الجامع الصغير" المشترى والموهوب له مالك بسبب شرعى، وضع له وهذا يفيده علما بأنه ملكه لا ملك غيره، فصح تحليفه بالبتات، فإن أبى فقد امتنع عما هو مطلق له، فصار باذلا، فأما الوارث فلا علم له بما صنع المورث، فطولب بعلم إن كان له، وإذا لم يفعل مع الإمكان صار باذلا. (ك)

(٥) أى القطع على عدم الاستحقاق.

(٦) قوله: "وإن وهب [العبد] له إلخ" يعنى إن وهب له عبدا، واشتراه، وادعاه آخر، ولا بينة له يحلف على البتات لوجود المطلق، أى المجوز لليمين، أى اليمين على البتات. (نتائج الأفكار)

(٧) العبد.

(٨) قوله: "إذ الشراء إلخ" فإن قيل: الإرث كذلك، أجيب بأن معنى قوله: سبب لثبوت الملك سبب اختيارى يباشره، فيعلم ما صنع. (ع)

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٠) قوله: "فافتدى [الآخر] يمينه إلخ" فالافتداء قد يكون بما هو مثل المدعى، وقد يكون بمال هو أقل من المدعى، وأما الصلح من اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعى فى الغالب، لأن الصلح ينبئ عن الحطيطة، وكلاهما مشروع. (نتائج)

(١١) أى من يمينه.

(١٢) أى افتداء اليمين.

(١٣) المدعى.

(١٤) المدعى عليه.

(١٥) قوله: "لأنه [المدعى] أسقط حقه [بالافتداء أو الصلح]" بخلاف ما إذا اشترى يمينه بعشرة دراهم حيث لم يجز، وكان له أن يستحلف لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال، واليمين ليست بمال. (ع)

باب التحالف[١]

قال[٢] : وإذا اختلف المتبايعان في البيع، فادعى[٣] أحدهما[٤] ثمنًا[٥]، وادعى البائع أكثر منه، أو اعترف البائع[٦] بقدر من المبيع، وادعى المشترى أكثر منه[٧]، وأقام أحدهما البينة[٨] قضي له بها[٩]؛ لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى، والبينة أقوى منها[١٠]، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى؛ لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة[١١]. ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعًا[١٢]، فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشترى أولى في المبيع نظرًا إلى زيادة الإثبات، وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى: إما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع، وإلا فسخنا البيع. وقيل للبائع: إما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع، وإلا فسخنا البيع؛ لأن المقصود قطع المنازعة، وهذا جهة فيه لأنه ربما يرضيان بالفسخ، فإذا علما به[١٣] يتراضيان. فإن لم يتراضيا[١٤] استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض[١٥] على وفاق

(١) قوله: "باب التحالف" لما ذكر حكم يمين الواحد شرع فى بيان حكم يمين الاثنين، لأن الاثنين بعد الواحد، فراعاه فى الوضع ليناسب الوضع الطبع. (نت)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) بأن قال مثلا: اشتريته بمائة. (نت)

(٤) المشترى.

(٥) بأن قال: بعته بمائة وخمسين. (نت)

(٦) بأن قال مثلا: المبيع كر من الحنطة. (نت)

(٧) بأن قال: هو كران من الحنطة مثلا. (نت)

(٨) وعجز الآخر.

(٩) بينته.

(١٠) قوله: "أقوى منها" لأن البينة توجب الحكم على القاضى، ومجرد الدعوى لا يوجب الحكم عليه. (نت)

(١١) قوله: "ولا تعارض فى الزيادة" لأن البينة المثبتة للأقل لا تتعرض للزيادة، فكانت البينة المثبتة للزيادة ساكتة عن المعارض. (عينى)

(١٢) قوله: "ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا إلخ" فقال البائع: بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقال المشترى: بعتها وهذه الجارية معها بخمسين دينار. (ع)

(١٣) أى بالفسخ.

(١٤) قوله: "فإن لم يتراضيا" أى إن لم يتراض البائع والمشترى على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما فى الصورة الأولى والصورة الثانية، أو مما يدعيه كل واحد منهما، كما فى الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر. (نتائج)

(١٥) أى قبض المشترى المبيع.

القياس، لأن البائع يدعى زيادة الثمن، والمشترى ينكرها، والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد[١]، والبائع ينكره، فكل واحد منهما منكر، فيحلف[٢]، فأما بعد القبض فمخالف للقياس، لأن المشترى لا يدعى شيئًا، لأن المبيع سالم له، فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن، والمشترى ينكرها، فيكتفى بحلفه، لكنا عرفناه[٣] بالنص، وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان[٤] والسلعة[٥] قائمة بعينها تحالفا وترادًا»*. قال[٦]: ويبتدئ[٧] بيمين المشترى، وهذا قول محمد وأبى يوسف آخرًا، ورواية عن أبى حنيفة، وهو الصحيح؛ لأن المشترى أشدهما إنكارًا[٨]، لأنه يطالب أولا بالثمن[٩]، أو لأنه يتعجل[١٠] فائدة النكول[١١]، وهو إلزام الثمن، ولو بدأ[١٢] بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع[١٣] إلى زمان استيفاءه الثمن، وكان أبو يوسف يقول أولا: يبدأ بيمين البائع؛ لقوله عليه السلام[١٤]: «إذا اختلف المتبايعان[١٥] فالقول ما قاله البائع»**، خصّه بالذكر[١٦]، وأقل فائدته[١٧]

---

(١) المشترى.

(٢) لأن اليمين على من أنكر للحديث المشهور. (ع)

(٣) التحالف.

(٤) قوله: "إذا اختلف إلخ" قد تقرر فى كتب الأصول أن عبارة النص تترجح على إشارة النص، فحينئذٍ يكون هذا الحديث راجحًا على الحديث المشهور، لأن هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى أيضًا فيما نحن فيه، وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعى مطلقًا، بل إنما يدل عليه بإشارته، حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين، أو من جعل جنس الأيمان على المنكرين. (نتائج)

(٥) قوله: "والسلعة [–بالكسر– رخت وكالا]" فى رواية ابن ماجة والدارمى: «البيعان إذا اختلفا والمبيع قائم بعينه وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادّان»، كذا فى "المشكاة". (قمر الأقمار)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٥، والدراية ج٢، الحديث٨٤٣ ص١٧٧. (نعيم)

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(٧) القاضى. (نت)

(٨) فيكون بادئًا فى الإنكار.

(٩) قوله: "لأنه يطالب أولا بالثمن" هذا يدل على تقدمه فى الإنكار دون شدته، ولعله أراد بالشدة التقدم وهو أنسب بالمقام، لأنه لما تقدم فى الإنكار تقدم فى الذى يترتب عليه. (ع)

(١٠) فكان تقديم ما يتعجل به فائدته أولى. (ك)

(١١) واليمين شرعت لفائدة النكول.

(١٢) القاضى.

(١٣) قوله: "تتأخر المطالبة [حين نكول البائع] إلخ" لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن، لأنه يقال له: أمسك المبيع إلى أن تستوفى الثمن. (ك)

(١٤) قلت أخرجه أصحاب السنن الأربعة. (ت)

التقديم. وإن كان[١] بيع عين[٢] بعين، أو ثمن بثمن[٣] بدأ القاضى بيمين أيهما شاء؛ لاستواءهما[٤]، وصفة اليمين أن يحلف[٥] البائع بالله ما باعه بألف، ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين. قال[٦] فى "الزيادات": يحلف بالله ما باعه بألف، ولقد باعه بألفين، ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين، ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفى تأكيدًا[٧]، والأصح الاقتصار على النفى لأن الأيمان على ذلك[٨]، وضعت دل عليه[٩] حديث القسامة[١٠] بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا*. قال[١١]: فإن حلفا فسخ القاضى[١٢] البيع بينهما، وهذا يدل على أنه[١٣] لا

---

(١٥) قوله: "إذا اختلف المتبايعان إلخ" قال فى شرح الأقطع جوابا عن هذا الحديث: إنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشترى معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام: «واليمين على من أنكر»، وسكت ﷺ عما تقدم بيانه وبين ما يشكل، ولم يتقدم بيانه. (غاية البيان)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٥، وانظر الدراية ج٢ تحت الحديث٨٤٣ ص١٧٧. (نعيم)

(١٦) قوله: "خصه بالذكر إلخ" يعنى أنه عليه السلام جعل القول ما قاله البائع، وذلك يقتضى الاكتفاء بيمينه، لكن لا يكتفى بها، فلا أقل من البداية بها. (ع)

(١٧) التخصيص بالذكر.

(١) قوله: "وإن كان [البيع] إلخ" يعنى أن هذا الذى ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشترى على القول الصحيح، أو بيمين البائع على القول الآخر إذا كان البيع بيع عين بثمن، وإن كان إلخ. (نتائج الأفكار لزين الدين رحمه الله تعالى)

(٢) أى بيع المقاصة.

(٣) أى بيع الصرف.

(٤) أى فى فائدة النكول. (نت)

(٥) كذا ذكر فى الأصل. (نت)

(٦) محمد.

(٧) قوله: "تأكيدًا" بيانه أنه لو حلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ربما يحلف ويكون بارًا فى يمينه، فلعله اشتراه بألف وتسع مائة، فيبطل حق البائع فى الزيادة. وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بألف ربما يحلف لجواز أنه باعه بألف ودرهم، ويكون صادقًا فى يمينه أنه لم يبع بألف درهم، فيبطل حق المدعى.

والأصح الاقتصار على النفى ولا عبرة بذلك الوهم، لأن البائع لو كان باعه بألف وتسع مائة لا يدعى البيع بألفين، لأنه يعلم أن المشترى متى حلف على دعواه لا يبالى بالحلف، لأنه لا يحنث فى يمينه، وكذا المشترى لو كان اشتراه بألف ودرهم لا يدعى الشراء بألف، لأنه يعلم أن البائع لا يبالى بالحلف على ألف لأنه لا يحنث فى يمينه. (ك)

(٨) أى النفى. (ك)

(٩) أى على أن الأيمان وضعت للنفى.

(١٠) قوله: "حديث القسامة [وسيجيء حديث القسامه فى بابه. عينى]" هى أيمان تقسم على أهل المحلة الذين وجد القتيل فيهم ميتًا، به جرح، أو أثر ضرب، أو خنق، أو خروج دم من أذنه أو عينه، وجد فى محلة، أو أكثره أو نصفه مع رأسه لا يعلم قاتله، وادعى وليه القتل على أهلها، أو على بعضهم عمدا أو خطأ حلف له خمسون رجلا منهم، يختارهم الولى قائلا كل منهم: بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا. (الدرر شرح الغرر)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٧، وخرّج ابن حجر حديث القسامة فى "الدراية" فى باب القسامة، بأنه أشار

ينفسخ[١] بنفس التحالف، لأنه لم يثبت[٢] ما ادعاه كل واحد منهما، فيبقى بيع مجهول[٣]، فيفسخه القاضي قطعًا للمنازعة، أو يقال: إذا لم يثبت[٤] البدل[٥] يبقى بيعًا بلا بدل، وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد.

قال[٦]: وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر؛ لأنه[٧] جعل باذلا[٨]، فلم يبق دعواه معارضًا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته[٩].

قال[١٠]: وإن اختلفا في الأجل[١١]، أو في شرط الخيار، أو في استيفاء بعض الثمن، فلا تحالف بينهما[١٢]، لأن هذا اختلاف[١٣] في غير المعقود عليه[١٤] والمعقود به[١٥]، فأشبه الاختلاف في الحط[١٦] والإبراء[١٧]، وهذا[١٨] لأن بانعدامه[١٩] لا يختل

تحت الحديث ٨٤٣ بقوله: حديث القسامة سيأتي إن شاء الله تعالى. (نعيم)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٢) أي إن طلباه، أو طلب أحدهما. (ك)

(١٣) البيع.

(١) مالم ينفسخ القاضي.

(٢) بالتحالف.

(٣) أي بيع بثمن مجهول. (ك)

(٤) للتعارض.

(٥) ثمن ما يبيع.

(٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) الناكل.

(٨) لصحة البذل في الأعراض. (نت)

(٩) أي بثبوت ما ادعاه الآخر. (نت)

(١٠) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١١) أي في أصله أو قدره.

(١٢) قوله: "فلا تحالف بينهما" وقال زفر والشافعي رح: يتحالفان إذا اختلفا في الأجل، لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن، فإن المؤجل أنقص من الحال، فكان ذلك اختلافًا في وصف الثمن، قلنا: الأجل ليس وصف الثمن، فإن الثمن حق البائع، والأجل حق المشتري، ولو كان الأجل وصفًا للثمن لكان تابعًا لأصله في الاستحقاق. (ك)

(١٣) قوله: "لأن هذا [أي الاختلاف في الأجل وغيره مما ذكر] اختلاف إلخ" والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين، وهو اسم مشتق من البيع، فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع، والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل، فكأنه قال: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن. (ك)

(١٤) المبيع.

(١٥) الثمن.

(١٦) من الثمن.

(١٧) من الثمن، وفيها لا يجب التحالف، فكذا ههنا.

(١٨) أي كونه اختلافًا في غير المعقود عليه والمعقود به.

ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن[١] أو جنسه[٢]، حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر[٣] في جريان التحالف، لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن[٤]، فإن الثمن دين، وهو يعرف بالوصف[٥]، ولا كذلك الأجل[٦] لأنه[٧] ليس بوصف، ألا ترى أن الثمن[٨] موجود بعد مضيه[٩].

قال[١٠]: والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه، لأنهما يثبتان بعارض الشرط[١١]، والقول لمنكر العوارض، قال[١٢]: فإن هلك المبيع[١٣]، ثم اختلفا[١٤] لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والقول قول المشترى.

وقال محمد: يتحالفان، ويفسخ البيع على قيمة الهالك، وهو قول الشافعي، وعلى هذا[١٥] إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار[١٦] بحال لا يقدر على رده بعيب[١٧].

لهما[١٨]: أن كل واحد منهما[١٩] يدعي غير العقد الذي يدعيه[٢٠] صاحبه والآخر ينكره[٢١]، وأنه يفيد[٢٢] دفع زيادة الثمن[٢٣]، فيتحالفان[٢٤] كما إذا اختلفا في جنس

---

(١٩) قوله: "بانعدامه" أي بانعدام ما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن. (نتائج الأفكار)
(١) أي الجودة والرداءة.
(٢) أي الدراهم والدنانير.
(٣) أي في قدر الثمن.
(٤) أي إلى الاختلاف في نفس الثمن.
(٥) بأنه جيد أو وسط أو رديء.
(٦) بل هو أصل بنفسه.
(٧) الأجل.
(٨) ولو كان وصفًا لتبعه. (نت)
(٩) الأجل.
(١٠) أي القدوري في "مختصره". (نت)
(١١) أي بشرط عارض على أصل العقد. (نت)
(١٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)
(١٣) بعد قبض المشترى. (نت)
(١٤) في مقدار الثمن. (نت)
(١٥) الخلاف.
(١٦) المبيع.
(١٧) قوله: "بعيب" أي بحدوث عيب في يد، أو بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلة. (مل)
(١٨) محمد وشافعي.
(١٩) المتعاقدين.
(٢٠) بالبيع والهبة.
(٢١) قوله: "والآخر ينكره" فيتحالفان كما في حال قيام السلعة، فإن قيل: هذا القياس قياس فاسد، لأنه حال قيامها يفيد التراد، ولا فائدة له بعد الهلاك، أجاب بقوله: وأنه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني أن التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول. (ع)

الثمن بعد هلاك السلعة[١]. ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشترى ما يدعيه[٢]، وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة[٣]، والتحالف فيه يفضى إلى الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكها[٤] لارتفاع العقد[٥]، فلم يكن فى معناه[٦]، ولأنه لا يبالى بالاختلاف[٧] فى السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة[٨] ما يوجبه العقد[٩].

---

(٢٢) عند نكول البائع. (ك)

(٢٣) أى عن المشترى. (ك)

(٢٤) قوله: "فيتحالفان" فإن المشترى إذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع، والبائع إذا نكل يندفع عن المشترى ما ادعاه البائع. (عينى)

(١) قوله: "كما إذا اختلفا فى جنس إلخ" بأن ادعى أحدهما الدراهم، والآخر الدنانير، فيتحالفان، ويلزم المشترى رد القيمة. (عينى)

(٢) قوله: "لما أنه سلم للمشترى إلخ" ولا يدعى المشترى على البائع شيئًا ينكره، لأن المبيع مملوك له سلم إليه. (عينى)

(٣) قوله: "وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة" وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا»، وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط، ولا يلزم إطلاق قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع ويترادان»، ولأن الأمر بالتراد، دليل قيام السلعة إذ هو تفاعل من الرد، فيستدعى الرد من الجانبين، ولا ذلك إلا بقيام السلعة، وليس المراد به تراد العقد، لأنه لا يتصور ذلك مع أن المطلق والمقيد إذا وردا فى حادثة واحدة فى حكم واحد، فالمطلق محمول على المقيد. (ك)

(٤) السلعة.

(٥) بالهلاك.

(٦) قوله: "فلم يكن [أى وقت هلاك السلعة] فى معناه [أى معنى قيام السلعة]" لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف، فإنه ينفسخ العقد، ويعود كل واحد منهما إلى رأس ماله بعينه، وبعد هلاكها لا يحصل ذلك، فالعقد بعد الهلاك لا يحتمل الفسخ بالإقالة والرد بالعيب، فكذا بالتحالف إذ الفسخ لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد. (ك)

(٧) قوله: "ولأنه لا يبالى إلخ" جواب عن قولهما: إن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه، أى لا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود، وهو سلامة المبيع للمشترى حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الأمر على ما زعم هو أو البائع، وصار بمنزلة اختلافهما فى ألف وألفين بلا سبب، فتكون اليمين على منكر الألف الزائد.

وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن، لأن البائع يدعى عليه الدنانير، والمشترى ينكر، والمشترى يدعى الشراء بالدراهم، والبائع ينكر، وإنكاره صحيح، لأنه لا يسلم للمشترى إلا بثمن، ولم يتفقا على ثمن، وههنا اتفقا على الألف، وهو يكفي للصحة. فإن قيل: لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار لاختلاف السبب كان ينبغى أن لا يتحالفا عند قيام السلعة، لأن المقصود -وهو ملك المعقود عليه- حاصل للمشترى، حتى لو كان جارية حل للمشترى وطئها، قلنا: نعم، كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس، فقلنا به. (ك)

(٨) قوله: "وإنما يراعى إلخ" هذا أيضًا جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن، أى فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته بل من موجبات نكول البائع، وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته. (ك)

(٩) قوله: "ما يوجبه العقد إلخ" وفيه نظر فإنا قد اعتبرنا فى حال قيام السلعة التراد فائدة التحالف، وهو ليس من موجبات العقد، والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس. (عناية)

وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته[١]، وهذا[٢] إذا كان الثمن دينًا[٣]، فإن كان عينًا[٤] يتحالفان[٥]، لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم، فيوفر فائدة الفسخ[٦]، ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل.

قال[٧]: وإن هلك أحد العبدين[٨]، ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة، إلا[٩] أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك. وفى "الجامع الصغير"[١٠]: القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحى، ولا شىء له من قيمة الهالك. وقال أبو يوسف: يتحالفان[١١] فى الحى، ويفسخ العقد فى الحى[١٢]، والقول قول المشترى فى قيمة الهالك[١٣].

وقال محمد[١٤]: يتحالفان عليهما[١٥] ويرد الحى، وقيمة الهالك؛ لأن هلاك

---

(١) العقد.

(٢) الاختلاف المذكور.

(٣) ثابتًا فى الذمة، كالدراهم والدنانير، والمكيلات والموزونات. (ع)

(٤) قوله: "فإن كان عينًا إلخ" أى فإن كان العقد مقايضة، وهلك أحد العوضين. (عينى)

(٥) قوله: "يتحالفان" وإن اختلفا فى كون البدل دينًا أو عينًا إن ادعى المشترى أنه كان عينًا يتحالفان عندهما، وإن كان البائع ادعى أنه كان عينًا، وادعى المشترى أنه كان دينًا لا يتحالفان، والقول قول المشترى. (كفاية)

(٦) الرد.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٨) قوله: "وإن هلك أحد إلخ" يعنى إذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة، قبضهما المشترى فهلك أحدهما، ثم اختلفا فى الثمن، فقال البائع بعتهما منك بألفى درهم، وقال المشترى: اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا. (نتائج)

(٩) سيجىء تحقيق هذا الاستثناء.

(١٠) قوله: "وفى الجامع الصغير" إنما أعاد ذكر لفظ "الجامع الصغير"، لأن لفظه يقتضى أن يكون المستثنى منه يمين المشترى، ولفظ القدورى الذى هو لفظ "المبسوط" يقتضى أن يكون المستثنى منه عدم التحالف، لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله: لم يتحالفا. (نت)

(١١) قوله: "يتحالفان فى الحى" كلمة فى بمعنى اللام، أى يتحالفان لأجل الحى، يعنى أن التحالف عند أبى يوسف يكون على الحى والميت معًا، كما هو التفسير الصحيح للتحالف على رأيه على ما سيجىء، لكن المقصود من تحالفهما إنما هو فسخ العقد فى الحى. (مل)

(١٢) بعد التحالف.

(١٣) قوله: "والقول قول المشترى فى قيمة الهالك" أقول: فى عبارة الكتاب قصور، فإنه إذا اختلفا فى قيمة الهالك فالقول للبائع لا للمشترى على ما سيجىء من المصنف، فما قال ههنا ينافيه، فلا بد من التأويل ههنا، وهو أن المراد أنه بعد التحالف يرد الحى على البائع، ويسقط حصة الحى من الثمن، ويلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى أقر به المشترى بعد تقسيم ذلك الثمن على قيمة الحى والهالك، فقول المشترى إنما يعتبر فى حصة الهالك من الثمن الذى أقر به المشترى إلا فى قيمة الهالك، كذا فى "نتائج الأفكار". (مل)

(١٤) قوله: "وقال محمد ﺭ: يتحالفان إلخ" والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر، وذلك

كل السلعة لا يمنع التحالف عنده[١]، فهلاك البعض أولى[٢].

ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك[٣]، فيتقدر بقدره[٤]، ولأبى حنيفة أن التحالف[٥] على خلاف القياس فى حال قيام السلعة، وهى اسم لجميع أجزاءها[٦]، فلا تبقى السلعة بفوات بعضها، ولأنه لا يمكن التحالف فى القائم[٧] إلا على اعتبار حصته من الثمن، فلا بد من القسمة[٨] على القيمة، وهى تعرف بالخرز[٩] والظن، فيؤدى إلى التحالف مع الجهل، وذلك لا يجوز، إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا، لأنه حينئذ[١٠] يكون الثمن كله بمقابلة القائم[١١]، ويخرج الهالك[١٢] عن العقد، فيتحالفان[١٣].

وهذا[١٤] تخريج بعض المشايخ، ويصرف الاستثناء[١٥] عندهم إلى التحالف كما ذكرنا[١٦]، وقالوا: إن المراد من قوله[١٧] فى "الجامع الصغير": يأخذ الحى، ولا شىء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئًا أصلا.

وقال بعض المشايخ: يأخذ[١٨] من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى، وإنما لا

مجهل فى المقسم عليه، فلا يجوز. (ع)

(١٥) الحى والهالك.

(١) أى محمد.

(٢) بأن لا يمنع.

(٣) أى لأجل الهلاك.

(٤) قوله: "فيتقدر بقدره" أى فيتقدر الامتناع بقدر الهالك، لأن الحكم لا يزيد على العلة. (عينى)

(٥) ثبت بالنص، بعد القبض.

(٦) وما ثبت بخلاف القياس لا يتعدى.

(٧) فيه إشارة إلى جواب قول أبى يوسف ومحمد رح.

(٨) أى قسمة الثمن.

(٩) اندازه كردن.

(١٠) أى حين هذا الرضى.

(١١) وكأن العقد لم يكن إلا على القائم. (ك)

(١٢) كأنه لم يكن.

(١٣) كما هو الحكم فى الاختلاف عند قيام السلعة.

(١٤) قوله: "وهذا" أى توجيه قوله: إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر من قوله: يكون الثمن كله إلخ. (مل)

(١٥) المذكور فى القدورى والمبسوط.

(١٦) المراد به قوله: فيتحالفان.

(١٧) أى محمد.

يأخذ الزيادة، وعلى قول هؤلاء[1] ينصرف[2] الاستثناء[3] إلى يمين المشترى لا إلى التحالف، لأنه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه، فلا يحلف[4] المشترى.

ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه فى القائم[5]، وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء[6] فادعى أحدهما الفسخ، أو كلاهما[7] يفسخ العقد بينهما، ويأمر القاضى المشترى برد الباقى وقيمة الهالك[8].

واختلفوا فى تفسيره[9] على قول أبى يوسف، والصحيح أنه يحلف المشترى[10] بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع[11]، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى، فإن نكل[12] لزمه[13] دعوى المشترى، وإن حلف[14] يفسخان البيع فى القائم، ويسقط حصته[15] من

---

(١٨) قوله: "يأخذ [أى البائع]" أى يأخذ البائع فى حصة الهالك من المشترى ما يقر به المشترى ويهلك حصة الهالك على حسب دعواه، فلا شيء له من حصة الهالك إلا ما قال المشترى.

(١) المشايخ.

(٢) قوله: "ينصرف إلخ" فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله والقول قول المشترى مع يمينه إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى، ولا يأخذ من ثمن الهالك زائدا على ما أقر به المشترى، فحينئذ لا يمين على المشترى. (نت)

(٣) المذكور فى القدورى.

(٤) قوله: "فلا يحلف" لأن الاستحلاف إنما شرع فى حق المشترى إذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة، فإذا ترك البائع دعوى الزيادة وأخذ الحى ورضى به المشترى، فلا حاجة إلى استحلاف المشترى. (ك)

(٥) هو قوله: وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف إلخ. (ع)

(٦) من الثمن.

(٧) ادعيا الفسخ.

(٨) قوله: "وقيمة الهالك" والقول فى قيمة الهالك للمشترى، لأن البائع يدعى زيادة قيمته، وهو ينكر، فيكون القول له كما فى قيمة المغصوب والمقبوض بعقد فاسد. (عينى)

(٩) التحالف.

(١٠) قوله: "والصحيح أنه يحلف إلخ" قال بعضهم: يقسم الثمن على قيمة العبدين، فما يخص الحى ألف مثلا على زعم البائع وخمس مائة على زعم المشترى، يحلف المشترى بالله ما اشتريته بألف، ويحلف البائع بالله ما بعته بخمس مائة كما يدعيه المشترى. وإذا حلفا يفسخ العقد فى الحى، ثم يحلف المشترى على حصة الهالك، فإن نكل لزمه ما ادعاه البائع، وإن حلف لزمه ما أقر به دون الزيادة، والصحيح أنهما يتحالفان على جملة الثمن، لأن من اشترى شيئين بألفى درهم يصدق فى يمينه أنه ما اشترى أحدهما بألف، وكذا البائع على هذا، فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين، وهو النكول. (ك)

(١١) أى ما ادعاه البائع.

(١٢) البائع.

(١٣) البائع.

(١٤) البائع.

(١٥) القائم.

الثمن، ويلزم المشتري[١] حصة[٢] الهالك، ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض[٣]. وإن اختلفا[٤] في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع، وأيهما أقام البينة يقبل بينته[٥]، وإن أقاماها فبينة البائع أولى[٦]، وهو[٧] قياس ما ذكر في بيوع "الأصل"[٨]. اشترى عبدين وقبضهما، ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده[٩] يجب عليه[١٠] ثمن ما هلك عنده، ويسقط عنه ثمن ما رده، وينقسم الثمن على قيمتهما[١١]. فإن[١٢] اختلفا[١٣] في قيمة الهالك فالقول قول البائع، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك، والبائع ينكره، والقول للمنكر. وإن أقاما[١٤] البينة فبينة البائع أولى، لأنها أكثر إثباتًا ظاهرًا[١٥] لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك، وهذا[١٦] لفقه، وهو أن في الأيمان يعتبر

---

(١) ولا يلزم قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ. (ع)

(٢) من الثمن الذي أقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك.

(٣) قوله: "ويعتبر قيمتهما [أي الحي والهالك] في الانقسام يوم القبض" يعني يقسم الذي أقر به المشتري في العبد القائم، والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقر به المشتري، ويسقط عنه نصف الثمن. وإن تصادقا على أن قيمتهما يوم القبض كان على التفاوت، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك على الثلث من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن، وإن اختلفا في ذلك، فقال المشتري: كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا، وقيمة الهالك خمس مائة، وقال البائع على العكس فالقول للبائع، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك، والبائع ينكره. (ع)

(٤) البائع والمشتري.

(٥) لأنه مثبت دعواه.

(٦) قوله: "أولى" لأنها أكثر إثباتًا ظاهرًا لإثباته الزيادة في قيمة الهالك، فإن قيل: المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم، فوجب أن يقبل بينته لإثبات الزيادة، قلنا: الذي وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك، والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك، وبينة البائع قامت على ما وقع فيه الاختلاف قصدا، فكانت أحق بالاعتبار. (ك)

(٧) أي ما ذكر من قول أبي يوسف وتفريعاته. (نت)

(٨) المبسوط.

(٩) المشتري.

(١٠) المشتري.

(١١) العبدين أي يوم القبض. (نت)

(١٢) أي في مسألة الأصل. (نت)

(١٣) البائع والمشتري.

(١٤) أي في مسألة الأصل. (نت)

(١٥) قوله: "لأنها أكثر إثباتًا إلخ" والبينات شرعت للإثبات، فما كان أكثر إثباتًا كان أولى. (عيني)

(١٦) أي اعتبار بينة البائع ويمينه. (نت)

الحقيقة[١]، لأنها[٢] تتوجه على أحد العاقدين، وهما يعرفان حقيقة الحال، فبنى الأمر عليها[٣]، والبائع منكر حقيقة[٤]، فلهذا كان القول قوله[٥]، وفى البينات يعتبر الظاهر، لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال، فاعتبر الظاهر فى حقهما[٦]، والبائع مدّعٍ ظاهرًا، فلهذا تقبل بينته[٧] أيضًا، وتترجح[٨] بالزيادة الظاهرة على ما مر[٩]، وهذا يبين لك معنى[١٠] ما ذكرناه من قول أبى يوسف[١١].

قال[١٢]: ومن اشترى[١٣] جاريةً وقبضها، ثم تقايلا، ثم اختلفا[١٤] فى الثمن فإنهما يتحالفان، ويعود البيع الأول[١٥]، ونحن ما أثبتنا التحالف فيه[١٦] بالنص[١٧]، لأنه ورد فى البيع المطلق[١٨]، والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين[١٩]، وإنما أثبتناه

(١) أى حقيقة الحال.

(٢) الأيمان.

(٣) حقيقة الحال.

(٤) أى لسقوط الزيادة.

(٥) البائع مع يمينه. (ك)

(٦) الشاهدين.

(٧) البائع.

(٨) أى بينة البائع على بينة المشترى.

(٩) هو قوله: لأنها أكثر إثباتًا.

(١٠) قوله: "وهذا [أى ما ذكر فى بيوع الأصل. نت] يبين إلخ" أى هذا هو الفقه فى أن جعل أبو يوسف رح القول قول البائع فى قيمة الهالك، والبينة بينته أيضًا فيما إذا اختلفا فى قيمة الهالك بعد التحالف عنده. (ك)

(١١) فى التحالف وتفريعاته. (ع)

(١٢) أى محمد فى بيوع "الجامع الصغير". (نت)

(١٣) قوله: "ومن اشترى" أى من اشترى جارية، ونقد ثمنها وقبضها، ثم تقايلا، ولم يقبض البائع بعد الإقالة حتى اختلفا فى الثمن إلخ. (ع)

(١٤) قوله: "ثم اختلفا فى الثمن" بأن قال المشترى: كان الثمن ألفا، فعليك أن ترد الألف، وقال البائع: كان خمس مائة، فعلى رد خمس مائة. (عينى)

(١٥) قوله: "ويعود البيع الأول" حتى يكون حق البائع فى الثمن، وحق المشترى فى المبيع. (عينى)

(١٦) الإقالة.

(١٧) وهو قوله عليه السلام: إذا اختلف المتبايعان إلخ.

(١٨) قوله: "لأنه ورد فى البيع المطلق" أى فى البيع من كل وجه والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق الثالث، فلا يكون النص الوارد فى البيع المطلق واردا فيه. (ك)

(١٩) قوله: "فسخ فى حق إلخ" هذا إنما يتمشى على قول أبى حنيفة رح ومحمد رح، وأما على قول أبى يوسف رح فالإقالة عنده بيع فى حق المتعاقدين أيضًا، فلا كلام فيه. (نتائج)

بالقياس، لأن المسألة مفروضة قبل القبض[١]، والقياس يوافقه على ما مر[٢]، ولهذا[٣] نقيس الإجارة[٤] على المبيع قبل القبض، والوارث[٥] على العاقد، والقيمة على العين[٦] فيما إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى، ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافًا لمحمد، لأنه يرى النص معلولا بعد القبض[٧] أيضًا.

قال[٨]: ومن أسلم عشرة دراهم فى كر[٩] حنطة، ثم تقايلا[١٠]، ثم اختلفا فى الثمن[١١]، فالقول قول المسلم إليه[١٢]، ولا يعود السلم؛ لأن الإقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض، لأنه إسقاط[١٣]، فلا يعود السلم، بخلاف الإقالة فى البيع[١٤]، ألا يرى أن رأس مال السلم لو كان عرضًا[١٥] فرده[١٦] بالعيب[١٧]،

---

(١) أى قبض البائع المبيع بعد الإقالة. (ك)

(٢) أى فى أول الباب. (نت)

(٣) إيضاح لقوله: وإنما أثبتناه بالقياس. (ك)

(٤) قوله: "نقيس الإجارة" يعنى إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الأجرة. (عينى)

(٥) قوله: "والوارث" أى وارثا البائع والمشترى إذا اختلفا فى الثمن يجرى التحالف بينهما. (عينى)

(٦) قوله: "والقيمة إلخ" يعنى إذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع، وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة، فإن اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشترى لكون النص إذ ذاك معقول المعنى. (ع)

(٧) قوله: "معلولا بعد القبض" أى بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذه العلة لاتتفاوت بين كون المبيع مقبوضًا أو غير مقبوض، ولما كان النص عنده معلولا تعدى حكمه من البيع إلى الإقالة وإن كان بعد قبض البائع المبيع بعد الإقالة. (مل)

قوله: "معلولا" أى موافقا للقياس، وأما الشيخان فيقولان: إن التحالف بعد القبض على خلاف القياس.

(٨) أى محمد فى بيوع "الجامع الصغير". (نت)

(٩) قوله: "كر" قال الأزهرى: الكر ستون قفيزًا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف، وهو ثلاث كيلجات، قال: وهو من هذا الحساب اثنى عشر وسقًا كل وسق ستون صاعًا. (مغرب)

(١٠) أى السلم.

(١١) رأس المال.

(١٢) قوله: "فالقول قول المسلم إليه" مع يمينه لأن رب السلم يدعى زيادة وهو ينكر ولا يتحالفان. (مل)

(١٣) للمسلم فيه، وهو دين والدين الساقط لا يعود. (ع)

(١٤) قوله: "بخلاف الإقالة فى البيع" فإنها تحتمل الفسخ، فيعود المبيع لكونه عينًا إلى المشترى بعد عوده إلى البائع. (نت)

(١٥) بأن أسلم ثوبًا فى كر حنطة. (ك)

(١٦) أى قضى القاضى بالرد.

(١٧) بعد قبضه. (ك)

وهلك[١] قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود[٢] السلم[٣]، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دلّ[٤] على الفرق بينهما[٥].

قال[٦]: وإذا اختلف الزوجان في المهر، فادعي الزوج أنه تزوجها بألف، وقالت: تزوجتني بألفين، فأيهما أقام البينة تقبل بينته[٧]؛ لأنه نور دعواه بالحجة، فإن[٨] أقاما[٩] البينة فالبينة بينة المرأة؛ لأنها[١٠] تثبت الزيادة، معناه[١١] إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته[١٢]. وإن لم تكن لهما[١٣] بينة تحالفا[١٤] عند أبى حنيفة، ولا يفسخ النكاح؛ لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية، وأنه[١٥] لا يخل بصحة النكاح، لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع، لأن عدم التسمية يفسده[١٦] على ما مر[١٧]، فيفسخ[١٨].

ولكن يحكم مهر المثل[١٩]، فإن كان مثل ما اعترف به الزوج، أو أقل[٢٠] قضى

(١) فى يد المسلم إليه.

(٢) لما أن المعقود عليه قد سقط. (ك)

(٣) ولا يرتفع الإقالة. (عناية)

(٤) أى هذا الذى ذكرنا.

(٥) أى بين السلم وبيع العين.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "تقبل بينته" أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعى الزيادة، وإنما الإشكال فى قبول بينة الزوج، لأنه منكر للزيادة، فكان عليه اليمين لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدع فى الصورة وهى كافية بقبولها لما ذكرنا. (ع)

(٨) هذا من تمام كلام القدورى. (نت)

(٩) الزوجان.

(١٠) بينة المرأة.

(١١) أى معنى قوله: فالبينة بينة المرأة.

(١٢) قوله: "إذا كان مهر مثلها إلخ" أما إذا كان مهر مثلها مثل ما ادعته، أو أكثر مما ادعته، فبينة الزوج أولى، لأن بينة الزوج تثبت الحط، وبينة المرأة لا تثبت شيئاً لأن ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل. (ك)

(١٣) الزوجين.

(١٤) قوله: "تحالفا" قيل: التحالف مشروع فى البيع والنكاح ليس فى معناه، أجيب بأن موجبه فى البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعياً ومنكراً مع عدم إمكان الترجيح، وهو ههنا موجود فألحق به. (عنايه)

(١٥) أى التسمية.

(١٦) لأنه ركن بيع.

(١٧) فى كتاب البيع. (نت)

(١٨) البيع لبقاء العقد بلا بدل. (ع)

(١٩) قوله: "ولكن يحكم [أى يجعل مهر المثل حكماً لرفع النزاع] مهر المثل" استدراك عن قوله: ولايفسخ النكاح. (ك)

(٢٠) مما اعترف بالزوج.

بما قال الزوج، لأن الظاهر شاهد له[١]، وإن كان مثل ما ادعته المرأة، أو أكثر[٢] قضي بما ادعته المرأة[٣]، وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج، وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل؛ لأنهما[٤] لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل، ولا الحط عنه[٥]. قال[٦]: ذكر[٧] التحالف أولا، ثم التحكيم[٨]، وهذا[٩] قول الكرخي؛ لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية[١٠]، وسقوط اعتبارها بالتحالف، فلهذا يقدم في الوجوه كلها[١١]، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد، تعجيلا لفائدة النكول[١٢]، كما في المشتري[١٣]، وتخريج الرازي بخلافه[١٤]، وقد استقصيناه[١٥] في النكاح، وذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده.

---

(١) أي الزوج لموافقة قوله: مهر المثل ولكون قوله أقرب إلى مهر المثل. (نت)

(٢) مما ادعته المرأة.

(٣) لأن الظاهر شاهد لها.

(٤) زوجان.

(٥) أي عن مهر المثل.

(٦) أي المصنف.

(٧) أي القدوري. (نت)

(٨) أي ثم ذكر التحكيم بمهر المثل بعد التحالف.

(٩) أي تقديم التحالف.

(١٠) أي تسمية المهر.

(١١) قوله: "فلهذا يقدم [التحالف] في الوجوه كلها" أي فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج، أو أقل منه، أو مثل ما ادعته المرأة، أو أكثر منه، أو كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج، وأقل مما ادعته المرأة، ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند أبي الحسن الكرخي رح؛ لأنهما اتفقا على أصل التسمية، فكانت التسمية صحيحة في أصلها، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل، وإذا حلف تعذر العمل بالتسمية، فصارت التسمية كأن لم تكن، فيحكم مهر المثل. (ك)

(١٢) قوله: "تعجيلا لفائدة النكول" لأن أول التسليمين عليه، فيكون أول اليمينين عليه، فالزوج بمنزلة المشتري والمهر كالثمن والبضع كالمبيع. (مل)

(١٣) فإنه يبدأ بيمينه أولا.

(١٤) قوله: "وتخريج الرازي [أبو بكر] بخلافه" فإنه لا يقول بالتحالف إلا في وجه واحد وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهداً لأحدهما، بأن يكون أكثر مما أقر به الزوج، وأقل مما ادعته المرأة، وأما إذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج، أو أقل فالقول قوله مع يمينه، وإن كان مثل ما تقول المرأة أو أكثر: فالقول قولها مع يمينها، وهذا هو الأصح لأن تحكيم مهر المثل ههنا ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه. (ك)

(١٥) قوله: "وقد استقصيناه" أي تخريج الرازي في النكاح، أي في كتاب النكاح، وذكرنا خلاف أبي يوسف رح وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج إلا أن يأتي بشيء قليل، ومعناه ما لا يتعارف مهراً لها على ما قال صاحب

ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد، والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة[١] إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها، لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي، ولم يوجد، فوجبت القيمة[٢].

وإن اختلفا[٣] في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادّا، معناه اختلفا في البدل[٤]، أو في المبدل[٥]، لأن التحالف في البيع قبل القبض[٦] على وفاق القياس على ما مر[٧]، والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع[٨]، وكلامنا قبل استيفاء المنفعة.

فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر؛ لأنه منكر لوجوب الأجرة[٩]، وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤاجر[١٠]، فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وأيهما أقام البينة قبلت، ولو أقاماها فبينة المؤاجر أولى[١١] إن كان الاختلاف في الأجرة، وإن كان[١٢] في المنافع فبينة المستأجر أولى، وإن كان[١٣] فيهما[١٤] قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل، نحو أن يدعى هذا[١٥] شهراً بعشرة،

"الهداية" هناك، وفي رواية: إلا أن يأتي بشيء مستنكر، وتكلموا في تفسيره على ما مر، بيانه في كتاب النكاح، فلا نعيده، أي فلا نعيد ذكر خلافه ههنا. (مل)

(١) قوله: "فهو كالمسألة المتقدمة" يعني أنه يحكم مهر المثل أولا، فمن شهد له فالقول له، وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال فخر الإسلام رحمه الله، وهو تخريج الرازي، وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا، كما تقدم. (نت)

(٢) أي قيمة الجارية.

(٣) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٤) أي في الأجرة. (ك)، وأما إذا اختلفا في الأجل، فليس التحالف فيه، بل القول قول من ينكر الزيادة. (نت)

(٥) قوله: "أي في المبدل [الترديد لمنع الخلو. نت]" أي في المعقود عليه وهو المنافع، بأن ادعى المؤجر أنه آجره شهراً، وادعى المستأجر أنه استأجره شهرين. (ك)

(٦) أي قبض المبيع.

(٧) إشارة إلى قوله في أول الباب: لأن البائع يدعي زيادة الثمن إلخ. (عيني)

(٨) قوله: "نظير البيع [في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ. ع] إلخ" فإن قيل: قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة، قلنا: الدار أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فكأنها قائمة تقديراً. (عيني)

(٩) أي لوجوب زيادة الأجرة على حذف المضاف. (نت)

(١٠) قوله: "المؤاجر" هذا على غير القاعدة، والأصل أن يقال: المؤاجر أو الآجر. (عيني)

(١١) لأنها أكثر إثباتًا. (عيني)

(١٢) الاختلاف.

(١٣) الاختلاف.

(١٤) أي في الأجرة والمنافع.

(١٥) المؤجر.

والمستأجر شهرين بخمسة، يقضي[١] بشهرين بعشرة.

قال[٢]: وإن اختلفا[٣] بعد الاستيفاء[٤] لم يتحالفا، وكان القول قول المستأجر، وهذا[٥] عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف[٦] عندهما، وكذا[٧] على أصل محمد، لأن الهلاك إنما لا يمنع[٨] عنده في المبيع لما أن له قيمة[٩] تقوم مقامه، فيتحالفان عليها[١٠]، ولو جرى التحالف ههنا، وفسخ العقد[١١] فلا قيمة، لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد[١٢]، وتبين أنه لا عقد[١٣]، وإذا امتنع[١٤] فالقول للمستأجر مع يمينه، لأنه هو المستحق عليه[١٥].

وإن[١٦] اختلفا[١٧] بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا، وفسخ العقد فيما بقي، وكان القول في الماضي قول المستأجر[١٨]؛ لأن العقد ينعقد[١٩] ساعة فساعة[٢٠]،

---

(١) نظراً إلى كثرة الإثبات.

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) في الأجرة.

(٤) أي استيفاء المعقود عليه، أي المنافع.

(٥) أي عدم التحالف.

(٦) قوله: "يمنع التحالف" والمعقود عليه ههنا عرض، وهو المنفعة والعرض لا يبقى زمانين. (ع)

(٧) أي ظاهر.

(٨) التحالف.

(٩) قوله: "لما أن له قيمة" لأن القيمة للعين قائمة مقام العين لأن العين تتقوم بنفسها. (مل)

(١٠) قيمة.

(١١) أي عقد الإجارة.

(١٢) تتقوم.

(١٣) قوله: "وتبين [أي بالانفساخ] أنه لا عقد" فحينئذٍ ظهر أنه لا قيمة للمنفعة، وإذا كان كذلك كان المبيع غير قائم، ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف، فالقول للمستأجر مع يمينه، لأنه هو المستحق عليه، وأنه انفع للأجير، ولأنه لو تحالفا ههنا انتفى العقد بالتحالف، فلا يمكن إيجاب شيء للأجير. (ك)

(١٤) التحالف.

(١٥) قوله: "لأنه هو المستحق عليه" أي هو الذي استحق عليه، ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه، كذا في "الكافي". (نت)

(١٦) هذا لفظ القدوري. (نت)

(١٧) أي في الأجرة.

(١٨) لأنه هو المدعى عليه.

(١٩) في الإجارة.

(٢٠) على حسب حدوث المنفعة. (نت)

فيصير[١] فى كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها، بخلاف البيع، لأن العقد فيه[٢] دفعة واحدة، فإذا تعذر[٣] في البعض تعذر في الكل.

قال[٤]: وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبى حنيفة[٥]، وقالا: يتحالفان، وتفسخ الكتابة، وهو قول الشافعى؛ لأنه[٦] عقد معاوضة يقبل الفسخ[٧]، فأشبه البيع[٨]. والجامع[٩] أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد، والعبد يدعى استحقاق العتق عليه[١٠] عند أداء القدر الذى يدعيه، والمولى ينكره، فيتحالفان كما إذا اختلفا[١١] فى الثمن[١٢]. ولأبى حنيفة أن البدل[١٣] مقابل بفك الحجر فى حق اليد[١٤]، والتصرف للحال[١٥]، وهو سالم[١٦] للعبد[١٧]، وإنما ينقلب[١٨] مقابلا للعتق عند الأداء[١٩]، فقبله لا مقابلة، فبقى اختلافًا فى قدر

---

(١) قوله: "فيصير" أى العقد فى كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها، أى على كل جزء من المنفعة، فصار ما بقى من المنافع كالمنفرد بالعقد، فكان الاختلاف بالنسبة إليه قبل استيفاء المعقود عليه، وفيه التحالف. وأما الماضى فالقول فيه قول المستأجر، لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء، ولا تحالف فيه فالقول قول المستأجر بالاتفاق. (نت)

(٢) ينعقد.

(٣) الفسخ بالهلاك.

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٥) والقول للعبد مع يمينه.

(٦) الكتابة.

(٧) لقدرة العبد على تعجيز نفسه.

(٨) عند الاختلاف فى الثمن.

(٩) بينهما.

(١٠) المولى.

(١١) العاقدان.

(١٢) أى فى ثمن المبيع.

(١٣) أى بدل الكتابة.

(١٤) قوله: "مقابل بفك إلخ" وهذا لأن البدل لا بدله من مبدل، وليس فى العبد سوى اليد والرقبة، فلو كان البدل مقابلا للرقبة فى الحال لا مقابلا لليد تم العتق عند تمام العقد كما فى البيع فإن المشترى يملك رقبة المبيع عند تمامه، وليس كذلك، فتعين أن يكون فى الحال مقابلا لليد، ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الأداء، فقبله لا مقابلة. (ع)

(١٥) أى فى الحال.

(١٦) لاتفاقهما على ثبوت الكتابة.

(١٧) فلا يدعى على المولى شيئًا، فلا يكون المولى منكرًا. (ك)

(١٨) البدل.

(١٩) قوله: "عند الأداء" يعنى إذا أدى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلا بفك الحجر إلى كونه مقابلا بالعتق. (ب)

البدل لا غير[١]، فلا يتحالفان[٢].

قال[٣]: وإذا اختلف الزوجان[٤] في متاع البيت، فما يصلح للرجال[٥]، فهو للرجل، كالعمامة لأن الظاهر شاهد له[٦]، وما يصلح للنساء[٧]، فهو للمرأة كالوقاية[٨] لشهادة الظاهر لها[٩]، وما يصلح لهما[١٠] كالآنية فهو للرجل، لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد[١١]، بخلاف ما يختص بها، لأنه يعارضه[١٢] ظاهر أقوى منه[١٣]، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة[١٤].

فإن مات أحدهما[١٥]، واختلفت ورثته مع الآخر[١٦]، فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي[١٧] منهما[١٨]؛ لأن اليد للحي دون الميت[١٩]، وهذا الذي ذكرناه[٢٠]

---

(١) قوله: "فبقى اختلافًا إلخ" فالعبد لايدعى شيئًا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة، والقول قول المنكر. (ب)

(٢) قوله: "فلا يتحالفان [لأنه لا يكون بلا إنكار. ك]" وإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بها، وإن أقاما البينة كانت بينة المولى أولى، لأنها تثبت الزيادة إلا أنه إذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه. (نت)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٤) قوله: "وإذا اختلف الزوجان" أى ادعى كل واحد منهما أن الكل. (عينى)

(٥) قوله: "فما يصلح للرجال" كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان، والسلاح، والمنطقة، والكتب فهو للرجل، أى القول فيها قول الزوج مع اليمين إلا إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال. (ك)

(٦) الرجل.

(٧) قوله: "وما يصلح للنساء" كالخمار والدرع، والملحفة، والحلى فهو للمرأة، أى القول قولها فيها بشهادة الظاهر إلا إذا كان الرجل صانعًا، أو يبيع ثياب النساء. (ك)

(٨) قوله: "كالوقاية [هر چه بداں چيزى را نگاه دارند وپناه دهند. من]" وهى ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بها لأنها تقى الخمار. (ع)

(٩) امرأة.

(١٠) قوله: "وما يصلح لهما [زوجين]" كالفرش والأمتعة، والأوانى، والرفيق، والعقار، والمنزل، والمواشى والنقود، فالقول للزوج فيه أيضًا، لأن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج، فكان الأموال كلها فى يد الزوج. (ك)

(١١) إذا اختلف اثنان فى شيء وهو فى يد أحدهما.

(١٢) قوله: "لأنه يعارضه [أى ظاهر الزوج باليد. ع] إلخ" فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب أحدهما لابسه، والآخر متعلق بكمه، فإن اللابس أولى. (ك)

(١٣) قوله: "ظاهر أقوى منه" وهو يد الاختصاص بالاستعمال، فإن ما هو صالح للرجال، فهو مستعمل الرجال، وما هو صالح للنساء، فهو مستعمل النساء. (عناية)

(١٤) بالطلاق وغيره.

(١٥) أى الزوجين.

(١٦) أى الحى.

(١٧) أيهما كان. (ع)

قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يدفع[١] إلى المرأة ما يجهز[٢] به مثلها، والباقي[٣] للزوج مع يمينه، لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز[٤]، وهذا[٥] أقوى[٦]، فيبطل به ظاهر يد الزوج. ثم في الباقي لا معارض لظاهره[٧]، فيعتبر[٨]، والطلاق والموت سواء[٩] لقيام الورثة مقام مورثهم. وقال محمد: ما كان للرجال، فهو للرجل، وما كان للنساء، فهو للمرأة، وما يكون لهما، فهو للرجل[١٠]، أو لورثته[١١]؛ لما قلنا لأبي حنيفة[١٢]، والطلاق والموت سواء[١٣] لقيام الوارث مقام المورث[١٤].

وإن كان أحدهما[١٥] مملوكًا[١٦] فالمتاع للحر في حالة الحياة؛ لأن يد الحر[١٧]

---

(١٨) الزوجين.

(١٩) إذ لا يد له.

(٢٠) قوله: "وهذا [أي المجموع] الذي ذكرناه" يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول أبي حنيفة رح لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة، فإن كون ما يصلح للرجال، فهو للرجل، وما يصلح للنساء، فهو للمرأة بالإجماع، فلا اختصاص له بذلك، وعلى هذا قوله، وقال أبو يوسف رح: يدفع إلى المرأة إلخ، معناه مما يصلح لهما. (ع)

(١) أي من المشكل. (ك)

(٢) تجهيز ساختن جهاز عروس. (من)

(٣) أي من المشكل. (نت)

(٤) بالكسر، رخت عروس. (من)

(٥) أي ظاهر المرأة.

(٦) من ظاهر يد الزوج لجريان العادة بذلك. (ع)

(٧) الزوج.

(٨) لقوة يده عليها لأنه قوام عليها. (ك)

(٩) أي عند أبي يوسف رح. (نت)

(١٠) إن كان حيًا. (ع)

(١١) إن كان ميتًا. (ع)

(١٢) قوله: "لما قلنا لأبي حنيفة رح" أي من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول لصاحب اليد، وهذا بالنسبة إلى الحياة، وأما بالنسبة إلى الممات فقوله والطلاق والموت إلخ. (ع)

(١٣) قوله: "سواء" فالحاصل أنه لا خلاف فيما يصلح للرجال أنه للرجل في الطلاق، ولوارثه بعد موته، وكذا ما يصلح لها، وأما فيما يصلح لهما لا خلاف بين أبي حنيفة ومحمد رح أنه للزوج في الطلاق وبعد موت الزوج عند أبي حنيفة رح للمرأة، وعند محمد رح لوارث الزوج، وعند أبي يوسف رح من المشكل ما يجهز به مثلها للمرأة والباقي للزوج في حياته، وبعد وفاته لوارثه، وكذا بعد وفاتها ما يجهز به مثلها من المشكل لوارثها. (ك)

(١٤) قوله: "لقيام الوارث إلخ" أي ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه فيما له فكما إن المشكل له في حياته مع يمينه، فكذا كان القول لورثته. (عيني)

(١٥) الزوجين.

(١٦) أي سواء كان محجورًا أو مأذونًا. (ك)

أقوى[١]، وللحى[٢] بعد الممات، لأنه لا يد للميت، فخلت يد الحى عن المعارض، وهذا[٣] عند أبى حنيفة. وقالا: العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحر[٤]، لأن لهما يداً معتبرة فى الخصومات[٥].

فصل فيمن لا يكون خصماً[٦]

وإذا قال المدعي عليه[٧]: هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب[٨]، أو رهنه عندى، أو غصبته منه، وأقام بينة على ذلك، فلا خصومة بينه وبين المدعى، وكذا[٩] إذا قال[١٠]: آجرنيه[١١]، وأقام البينة، لأنه[١٢] أثبت بالبينة أن يده ليست بيد خصومة.

وقال ابن شبرمة[١٣]: لاتندفع[١٤] الخصومة، لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه[١٥]، ودفع الخصومة بناء عليه.

قلنا: مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب، ولا خصم فيه، فلم

---

(١٧) قوله: "لأن يد الحر أقوى" لأنها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك. (ك)

(١) من يد المملوك.

(٢) سواء كان الحى حراً أو عبداً.

(٣) قوله: "وهذا" أى ما ذكر عن جواب المسألة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب. (نت)

(٤) قوله: "بمنزلة الحر" والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر فى السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض. (ع)

(٥) قوله: "فى الخصومات" حتى لو اختصم الحر والمكاتب فى شىء فى أيديهما قضى به بينهما لاستواءهما فى اليد،ولوكان فى يد ثالث، وأقاما البينة استويا فيه فكمالايترجح الحربالحرية فى سائرالخصومات، فكذا فى متاع البيت.(ب)

(٦) قوله: "فصل فيمن لا يكون خصماً" لما ذكر أحكام من يكون خصماً شرع فى بيان من لا يكون خصما لمناسبة المضادة بينهما، وقدم الأول لكون ذكره العمدة فى المقام، لأن الكتاب كتاب الدعوى وهى عبارة عن الخصومة، أما ذكر الثانى فليتضح به الأول إذ الأشياء تتبين بأضدادها، فإن قيل: الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصماً أيضاً، قلنا: نعم، لكن لا من حيث القصد الأصلى. (نت)

(٧) هذا لفظ القدورى. (نت)

(٨) قوله: "هذا الشىء أودعنيه إلخ" صورته دار أو ثوب فى يد إنسان ادعى رجل عليه أنها له فقال ذو اليد: هذا الشىء إلخ، فلا خصومة بين ذى اليد الذى هو المدعى عليه وبين المدعى. (عينى)

(٩) أى لا خصومة.

(١٠) ذو اليد.

(١١) وكذا إذا قال: أعارنى، أو وكلنى بحفظها. (ك)

(١٢) تعليل لمجموع المسائل المذكورة. (نت)

(١٣) عبد الله قاضى الكوفة.

(١٤) وإن أقام البينة. (نت)

(١٥) أى عن الغائب لأن الغائب لم يوكله بإثبات الملك له. (نت)

يثبت[١]، ودفع[٢] خصومة المدعى[٣]، وهو خصم فيه فيثبت[٤]، وهو كالوكيل بنقل المرأة[٥] وإقامتها البينة[٦] على الطلاق كما بينا من قبل[٧]، ولا تندفع بدون إقامة البينة، كما قال ابن أبى ليلى[٨]، لأنه صار خصمًا بظاهر يده، فهو بإقراره[٩] يريد أن يحول حقًا مستحقًا على نفسه فلا يصدق إلا بحجة[١٠] كما إذا ادعى[١١] تحويل[١٢] الدين عن ذمته إلى ذمة غيره[١٣]. وقال أبو يوسف آخرًا: إن كان الرجل[١٤] صالحًا فالجواب كما قلنا[١٥]، وإن كان معروفًا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة[١٦]، لأن المحتال من الناس قد يدفع[١٧] ماله[١٨] إلى مسافر يودعه إياه[١٩]، ويشهد عليه الشهود، فيحتال لإبطال حق غيره[٢٠]، فإذا اتهمه القاضى به[٢١] لا يقبله.

---

(١) أى الملك للغائب.

(٢) وبناء هذا على الشىء الأول م.

(٣) أى عن نفسه.

(٤) أى هذا الدفع.

(٥) إلى الزوج.

(٦) قوله: "وإقامتها البينة" فإنها تقبل لقصر يد الوكيل عنها، ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب.(ب)

(٧) أى فى باب الوكالة بالخصومة. (ك)

(٨) قوله: "كما قال ابن أبى ليلى [محمد بن عبد الرحمن ابن أبى ليلى]" فإنه قال: باندفاعها بمجرد إقرار المدعى عليه للغائب بدون إقامة البينة، ووجه قوله: إن ذا اليد أقر بالملك لغيره، والإقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة، فتبين أن يده يد حفظ، فلا حاجة إلى البينة. (نتائج الأفكار)

(٩) فهو متهم فى إقراره.

(١٠) وفى نسخة: إلا بالحجة.

(١١) المدعى عليه.

(١٢) بالحوالة.

(١٣) فإنه لا يصدق إلا بحجة. (عينى)

(١٤) أى ذو اليد.

(١٥) أى تندفع الخصومة حين إقامة البينة.

(١٦) أصلا.

(١٧) سرًا. (ع)

(١٨) أى مال رجل.

(١٩) علانية.

(٢٠) قوله: "فيحتال إلخ" فإنه إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه، فيحتال ذلك المحتال لإبطال حق غيره وهو المالك، بأن يقيم بينة على أن فلانا أودعه، فيبطل حقه، وتندفع الخصومة عنه. (عينى)

(٢١) أى بالاحتيال.

ولو قال المشهود: أودعه رجل لا نعرفه[١] لا تندفع عنه الخصومة[٢]؛ لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى[٣]، ولأنه ما أحاله إلى معين[٤] ليمكن المدعى من إتباعه[٥]، فلو اندفعت[٦] لتضرر به المدعى، ولو قالوا[٧]: نعرفه بوجهه، ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب[٨] عند محمد للوجه الثانى[٩]، وعند أبى حنيفة تندفع[١٠] لأنه[١١] أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره[١٢] حيث عرفه الشهود بوجهه.

بخلاف الفصل الأول[١٣]، فلم يكن يده[١٤] يد خصومة وهو المقصود، والمدعى هو الذى أضر بنفسه[١٥] حيث نسى خصمه، أو أضره شهوده[١٦] دون المدعى عليه، وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى[١٧]، وذكرنا الأقوال الخمسة[١٨].

---

(١) أى أصلا لا بوجهه ولا باسمه ولا بنسبه. (ك)

(٢) بإجماع أئمتنا الثلاثة.

(٣) حيث لم يعرفوه. (ع)

(٤) قوله: "ولأنه [ذو اليد] ما أحاله [أى المدعى] إلخ" فيه قصور لأنه جعله دليلا مستقلا على المسألة الإجماعية مع أنه منقوض على قول أبى حنيفة رح بالمسألة الآتية، وهى ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه، ولا نعرفه باسمه ونسبه، فإن الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر. ثم إن الظاهر كان أن يقول المصنف: لأنهم ما أحالوه بدل قوله: لأنه ما أحاله لأن المسألة في أن لا يعرفه الشهود لا فى أن لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى، وتوجيهه ما قاله المصنف: إن شهادة الشهود لما كانت لأجل ذى اليد نسب حالهم إليه. (نتائج)

(٥) المعين.

(٦) الخصومة.

(٧) الشهود.

(٨) أى لا تندفع الخصومة.

(٩) هو قوله: لأن ما أحاله إلى معين إلخ. (نت)

(١٠) الخصومة للعلم حينئذ بيقين أن المدعى غير المودع.

(١١) ذو اليد.

(١٢) المدعى.

(١٣) أى إذا قال الشهود: أودعه رجل لا نعرفه.

(١٤) المدعى عليه.

(١٥) قوله: "والمدعى هو إلخ" جواب عن قول محمد رح لو اندفع الخصومة لتضرر المدعى. (ع)

(١٦) المدعى عليه.

(١٧) قوله: "وهذه المسألة إلخ" يعنى هذه المسألة من مسائل كتاب الدعوى من الأصل يسمى مخمسة؛ لما فيها من خمسة أوجه، لأن ذا اليد قال: هذه وديعة، أو عارية، أو إجارة، أو رهن، أو غصب.، أو يسمى مخمسة؛ لأن فيها خمسة أقاويل. (عينى)

(١٨) قوله: "الأقوال الخمسة" وهو قول ابن شبرمة، وقول ابن أبى ليلى، وقول أبى يوسف، وقول محمد، وقول أبى حنيفة رحمهم الله تعالى. (نتائج)

وإن قال: ابتعته من الغائب فهو خصم[١]؛ لأنه[٢] لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصمًا، وإن قال المدعي: غصبته مني، أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة؛ لأنه إنما صار خصمًا بدعوى الفعل عليه[٣] لا بيده، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه[٤] خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه[٥] على غير ذي اليد، ويصح دعوى الفعل[٦].

وإن قال المدعي: سرق مني، وقال صاحب اليد: أودعنيه فلان، وأقام البينة لم تندفع الخصومة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وهذا استحسان.

وقال محمد: تندفع[٧]، لأنه لم يدع الفعل عليه[٨]، فصار كما إذا قال: غصب مني على مالم يسم فاعله[٩]. ولهما: أن ذكر الفعل[١٠] يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءً للحد[١١]، شفقةً عليه[١٢]، وإقامة لحسبة[١٣] الستر، فصار[١٤] كما إذا قال: سرقت، بخلاف الغصب لأنه لا

---

(١) قوله: "وإن قال [هذا لفظ القدوري. نت]: ابتعته إلخ" يعني إذا ادعى على ذي اليد عينًا، فقال ذو اليد: اشتريتها من الغائب لا تندفع الخصومة. (عيني)

(٢) ذو اليد.

(٣) قوله: "لأنه [ذو اليد] إنما صار خصمًا بدعوى الفعل عليه" وهو الغصب لا بيده ألا ترى أن دعوى الغصب كما يصح على ذي اليد يصح على غير ذي اليد، حتى إن من ادعى على آخر أنه غصب عبده، وليس في يده عبد صحت دعوته، ويلزمه القيمة. (ك)

(٤) ذو اليد.

(٥) الملك المطلق.

(٦) أي على غير ذي اليد.

(٧) الخصومة.

(٨) قوله: "لأنه لم يدع إلخ" أي لم يدع المدعي الفعل على ذي اليد بل هذا دعوى الفعل على المجهول، وهي باطلة، فألحقت بالعدم. (عيني)

(٩) ففيه تجهيل الغاصب.

(١٠) السرقة.

(١١) قوله: "إلا أنه لم يعينه [المدعي] درءً [دفعًا] للحد إلخ" لأنا إذا جعلناه سارقًا لا تندفع الخصومة عنده يقضي القاضي بالعين للمدعي، فمتى ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لا يقطع يده، لأنه ظهرت سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعله سارقًا تندفع الخصومة عنه، ولا يقضي بالعين للمدعي، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين يقطع يده، لأنه ظهرت سرقته قبل أن يصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقًا احتيالا للدرء، ولم يتعلق به عقوبة سوى الضمان. (ك)

(١٢) أي على ذي اليد.

(١٣) الثواب.

(١٤) أي ما إذا قال: سُرِقَ على صيغة المجهول.

حد فيه، فلا يحترز عن كشفه[١].

وإذا قال المدعي: ابتعته من فلان، وقال صاحب اليد: أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة؛ لأنهما[٢] لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره[٣]، فيكون وصولها[٤] إلى ذى اليد من جهته، فلم يكن يده[٥] يد خصومة إلا أن يقيم[٦] البينة أن فلانًا وكله بقبضه، لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها[٧].

باب ما يدعيه الرجلان[٨]

قال[٩]: وإذا ادعى اثنان عينًا[١٠] في يد آخر[١١]، كل واحد منهما يزعم أنها له[١٢]، وأقاما البينة قضى بها بينهما، وقال الشافعي في قول: تهاترتا[١٣]، وفي قول: يقرع بينهما[١٤]؛ لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة، وقد تعذر التمييز[١٥] فيتهاتران[١٦]، أو يصار إلى القرع؛ لأن النبى عليه

(١) فلا يكون معذوراً فى التجهيل.

(٢) المدعي والمدعى عليه.

(٣) أى لغير المدعى عليه.

(٤) العين المدعاة.

(٥) أى ذى اليد.

(٦) المدعي.

(٧) العين المدعاة.

(٨) قوله: "باب ما يدعيه الرجلان" لما فرغ عن ذكر حكم المدعي الواحد شرع فى بيان حكم الاثنين، لأن الواحد قبل الاثنين. (ع)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) قوله: "وإذا ادعى اثنان إلخ" إنما وضع المسألة فى دعوى ملك العين لأنهما لو تنازعا فى نكاح امرأة، وأقام كل واحد منهما بينة أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق، وفى دعوى الخارجين لأن الدعوى لو كان بين الخارج وصاحب اليد، وأقام بينة، فبينة الخارج أولى. (ك)

(١١) الثالث.

(١٢) قوله: "أنها له" وضع المسألة فى الملك المطلق لأن فى المقيد بالسبب المعين، أو بالتاريخ تفصيلا وخلافًا، كما سيجيء. (ك)

(١٣) قوله: "تهاترتا" أى البينتان أى تساقطت، وبطلت مأخوذ من الهتر -بكسر الهاء- وهو السقط من الكلام والخطأ فيه، كذا فى "المغرب". (ك)

(١٤) أى بين المدعيين، ويقضى لمن خرجت قرعته. (نت)

(١٥) أى تمييز العادلة من الكاذبة.

(١٦) قوله: "فيتهاتران" كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة، وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة فى ذلك اليوم، وذلك لأن تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة، فالتيقن أولى. (ك)

السلام أقرع فيه[١]، وقال: «اللهم أنت الحكم بينهما[٢]» *.

ولنا حديث تميم بن طرفة[٣]: «أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ناقة[٤] وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين» **، وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام[٥]، ثم نسخ[٦]، ولأن المطلق[٧] للشهادة في كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد[٨] أحدهما[٩] سبب الملك والآخر اليد[١٠]، فصحت الشهادتان[١١]، فجب العمل بهما ما أمكن[١٢]، وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله[١٣]، وإنما ينصف لاستواءهما في سبب الاستحقاق.

قال[١٤]: فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة، وأقام بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما، لأن المحل لا يقبل الاشتراك.

قال[١٥]: ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما؛ لأن النكاح مما يحكم به بتصادق

(١) رواه الطبراني في "معجمه الوسط". (ت)

(٢) أي بين المدعيين اللذين ادعيا في أمة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٨، والدراية ج٢، الحديث ٨٤٤ ص١٧٨. (نعيم)

(٣) رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه". (ت)

(٤) وفي بعض الروايات في بعير.

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٨، والدراية ج٢، الحديث ٨٤٥ ص١٧٨. (نعيم)

(٥) قوله: "كان ابتداء الإسلام" أي كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحًا، ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارًا، فكذالك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارًا أيضًا، بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة، وإنما يقرع تطيبيا لقلوبهما، ونفيا، لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار. (ك)

(٦) قلت: بينة الطحاوي. (ت)

(٧) أي المجوز.

(٨) أي رآه يشتري فشهد.

(٩) أي أحد جنسي الشهود.

(١٠) أي رأى الآخر اليد فشهد.

(١١) قوله: "فصحت الشهادتان" فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة، إذ لا علم للعباد بحقائق الأمور، وإنما يعتمد ظاهر الحل، وقوله: إن القاضي تيقن بكذب أحدهما ضعيف، فكل واحد منهما اعتمد شيئًا أطلق له أداء الشهادة، وهو معاينة اليد لمن شهد له. (ك)

(١٢) العمل.

(١٣) التنصيف.

(١٤) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

الزوجين، وهذا[١] إذا لم توقت[٢] البينتان، فأما إذا وقتا[٣]، فصاحب الوقت الأول[٤] أولى[٥]، وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته؛ لتصادقهما[٦]، وإن أقام الآخر البينة قضي بها لأن البينة أقوى من الإقرار[٧].

ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد، فأقام البينة وقضى بها القاضي، ثم ادعى آخر، وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها[٨]؛ لأن القضاء الأول قد صح، فلا ينقض[٩] بما هو مثله[١٠] بل هو دونه[١١]، إلا أن يوقت شهود الثاني سابقًا[١٢]؛ لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين، وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج، ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج[١٣] إلا على وجه السبق[١٤].

قال[١٥]: ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد[١٦]، وأقاما بينة[١٧]، فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد

---

(١) أي الحكم المذكور.

(٢) أي لم يذكرا تاريخًا.

(٣) أي ذكر كل واحد منهما تاريخًا.

(٤) التاريخ.

(٥) قوله: "أولى [لأنه لا معارض له]" ولقائل أن يقول: قوله: فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجلي، لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الأول طلقها، فتزوج بها الثاني، والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول، وليس الكلام في ذلك. (ع)

(٦) على الزوجية.

(٧) قوله: "أقوى من الإقرار" لأن البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة. (عيني)

(٨) أي ببينة هذا الآخر.

(٩) قوله: "فلا ينقض" أي لا ينقض القضاء بالبينة الثابتة التي هي مثل الأول بل دونها، لأن الأولى تأكدت بالقضاء. (نتائج)

(١٠) فإنه لا يرفع المثل بالمثل. (ك)

(١١) لاتصال القضاء بالأول دون الثاني. (ك)

(١٢) على ما وقته شهود الأول.

(١٣) على النكاح بها.

(١٤) قوله: "إلا على وجه السبق" أي إلا على وجه أن بينته شهدوا أن نكاحه قبل نكاح الأول، فحينئذ ينقض نكاح الأول لظهور الخطأ فيه بيقين. (عيني)

(١٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٦) قوله: "معناه [أي معنى قوله منه. نت] من صاحب اليد" وإنما قيد به، لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد، فهو لا يخلو إما أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب. (ك)

بنصف الثمن[١]، وإن شاء تركه؛ لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستواءهما في السبب[٢]، فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل، وأجاز المالك البيعين[٣] يخير كل واحد منهما[٤]؛ لأنه تغير عليه شرط[٥] عقده، فلعل رغبته في تملك الكل[٦]، فيرده ويأخذ كل الثمن لو أراد.

وإن قضى القاضي به[٧] بينهما فقال أحدهما: لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جملته[٨]؛ لأنه صار مقضيًا عليه في النصف، فانفسخ البيع فيه[٩]، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة، لولا بينة صاحبه[١٠]، بخلاف ما لو قال[١١] ذلك[١٢] قبل تخيير القاضي[١٣] حيث يكون له أن يأخذ الجميع[١٤]؛ لأنه يدعي الكل، ولم يفسخ سببه[١٥]، والعود إلى النصف للمزاحمة ولم يوجد، ونظيره[١٦]

(١٧) من غير توقيت.

(١) ورجع على البائع بنصف ثمنه إن كان قد نقده الذي شهد به بينته. (ع)

(٢) أي الشراء.

(٣) فيقضي القاضي بنهما نصفين.

(٤) أي من الاثنين الذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى هذا العبد.

(٥) هو الرضا.

(٦) قوله: "فلعل رغبته في تملك الكل" فإنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة عليه. (عيني)

(٧) أي العبد.

(٨) أي العبد، وفي نسخة: جميعه.

(٩) قوله: "فانفسخ البيع فيه [أي في النصف]" أي في هذا النصف، العقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديد ولم يوجد، فإن قيل: هو مدع فكيف يكون مقضيًا عليه، أجاب عنه بقوله: وهذا لأنه خصم فيه، أي في النصف المقضي به لظهور إلخ. (نتائج)

(١٠) قوله: "لو لا بينة صاحبه" يعني لو لا بينة صاحبه لظهر استحقاقه في الكل، وقد انفسخ بقضاء القاضي، فلا يعود إلا بإنشاء جديد. (عيني)

(١١) أحدهما.

(١٢) أي لا أختار النصف.

(١٣) وهو القضاء عليه. (ع)

(١٤) قوله: "حيث يكون له إلخ" يشير إلى أن الخيار باق، وذكر بعض الشارحين نا قلا عن "مبسوط شيخ الإسلام خواهر زادة" لا خيار له، وهو الظاهر. (ع)

(١٥) أي الشراء.

(١٦) قوله: "ونظيره" أي نظير ما إذا قال أحد المدعيين: لا اختار الأخذ قبل تخيير القاضي حيث يكون للآخر أخذًا لجميع تسليم أحد الشفيعين يعني إذا سلم أحدهما قبل القضاء يقضي للآخر بجميع الدار، وإن سلم بعد القضاء لا يكون للآخر إلا نصف الدار وهو معنى قوله: ونظير الأول إلخ. (عيني)

تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء.

ولو ذكر[(١)] كل واحد منهما[(٢)] تاريخًا فهو[(٣)] للأول منهما؛ لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به[(٤)]، ولو وقتت إحداهما ولم يوقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك[(٥)] في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله[(٦)] أو بعده، فلا يقضي له[(٧)] بالشك.

وإن لم يذكرا[(٨)] تاريخًا ومع أحدهما قبض فهو أولى، ومعناه[(٩)] أنه[(١٠)] في يده[(١١)]، لأن تمكنه من قبضه[(١٢)] يدل على سبق شرائه، ولأنهما[(١٣)] استويا في الإثبات، فلا ينقض اليد الثابتة بالشك، وكذا[(١٤)] لو ذكر الآخر[(١٥)] وقتًا لما بينا[(١٦)]، إلا أن يشهدوا[(١٧)] أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد[(١٨)]، لأن الصريح يفوق الدلالة[(١٩)]. قال[(٢٠)]: وإن ادعى أحدهما شراءً، والآخر هبةً وقبضًا، معناه من

---

(١) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) قوله: "كل واحد منهما" أي من الاثنين اللذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد، وأقام كل منهما بينة بالتاريخ. (عيني)

(٣) أي العبد.

(٤) أي بإثبات الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد.

(٥) أي ملك صاحب الوقت.

(٦) أي قبل هذا الوقت.

(٧) أي للآخر.

(٨) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) قوله: "ومعناه [أي معنى قوله: ومع أحدهما قبض]" أنه في يده إنما احتاج إلى التفسير بهذا، لأن قوله: ومع أحدهما قبض يجوزأن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان، وهوفي الحال في يد البائع. (ب)

(١٠) أي العبد.

(١١) أي العبد في يده معاينة في الحال. (ك)

(١٢) قوله: "لأن تمكنه إلخ" مراده أن تمكن أحدهم من قبض المدعي يدل على كون شراءه أياه سابقًا، إذ لو كان شراء غير القابض إياه سابقًا لما تمكن القابض من قبضه، فإنه يصير حينئذٍ ملكًا لغير القابض، والإنسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير، بل إنما يتمكن من قبض ملك نفسه، فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه على سبق شراءه. (نتائج)

(١٣) المدعيين.

(١٤) أي القابض أولى.

(١٥) الخارج.

(١٦) من أن تمكنه من قبضه إلخ.

(١٧) أي شهود الخارج.

(١٨) فينقض به اليد.

واحد[١]، وأقاما بينة ولا[٢] تاريخ معهما فالشراء أولى، لأن الشراء أقوى[٣] لكونه معاوضة[٤] من الجانبين[٥]، ولأنه[٦] يثبت الملك بنفسه، والملك في الهبة يتوقف على القبض، وكذا الشراء[٧] والصدقة مع القبض لما بينا[٨].

والهبة[٩] والقبض، والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما[١٠] لاستوائهما في وجه التبرع[١١]، ولا ترجيح باللزوم[١٢] لأنه يرجع إلى المآل والترجيح لمعنى قائم في الحال، وهذا[١٣] فيما لا يحتمل القسمة[١٤] صحيح[١٥]، وكذا فيما يحتملها[١٦] عند البعض، لأن الشيوع طار[١٧]، وعند البعض لا يصح لأنه[١٨] تنفيذ

---

(١٩) قوله: "لأن الصريح إلخ" يعني أن تقدم عقد الخارج حينئذٍ يثبت بصريح شهوده، وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر، ولا عبرة للدلالة في مقابلة الصريح. (نتائج)

(٢٠) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١) قوله: "معناه من واحد" احتراز عما إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من رجل آخر، فيكون بينهما نصفين، ولا أولوية للشراء على الهبة حينئذٍ على ما سيجيء بعد هذا في قوله: ولو ادعى أحدهم الشراء من رجل والآخر الهبة، والقبض من غيره إلى أن قال: قضى بينهم أرباعا. والفرق هوأنهما إذا ادعيا الشراء، والهبة من واحد لايحتاجان إلى إثبات الملك لمن ملكهما، فإنه ثابت بتصادقهما، وإنما الحاجة في إثبات سبب الملك عليه، وفي إثبات سبب الملك لنفسهما الشراء أقوى من الهبة، أما إذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان إلى إثبات الملك لمن ملكهما، وينتصب كل واحد منهما خصماً عمن ملكه في إثبات الملك له أولا، ثم لنفسه والحجتان في إثبات الملك لهما سواء، فيقضى به بينهما كذلك. (مل)

(٢) الواو حالية.

(٣) من الهبة.

(٤) بخلاف الهبة فإنها ليست بمعاوضة.

(٥) البائع والمشتري.

(٦) الشراء.

(٧) قوله: "وكذا الشراء" أي ادعى أحدهما الشراء والآخر ادعى الصدقة مع القبض فالشراء أولى. (عيني)

(٨) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى. (ع)

(٩) أي ادعى أحدهما هبة وقبضاً، والآخر صدقة وقبضاً، وأقاما بينة.

(١٠) على التناصف.

(١١) والافتقار إلى القبض. (ك)

(١٢) قوله: "ولا ترجيح إلخ" جواب لسؤال مقدر هو أنا لا نسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة، وحاصل الجواب أن الترجيح باللزوم يرجع إلى المآل، أي يظهر أثره في ثاني الحال، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل، ولا ترجيح باللزوم بما يرجع إلى المآل، لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال. (عناية)

(١٣) أي الحكم بالنصف.

(١٤) كالحمام والرحى.

(١٥) المراد باحتمال القسمة أن يبقى قابلا للانتفاع بعد القسمة.

(١٦) أي القسمة كالدار والبستان.

الهبة في الشائع[١]. قال[٢]: وإذا ادعى أحدهما[٣] الشراء[٤]، وادعت امرأة أنه[٥] تزوجها عليه فهما سواء[٦]؛ لاستواءهما في القوة، فإن كل واحد منهما[٧] عقد معاوضة[٨] يثبت الملك بنفسه، وهذا[٩] عند أبي يوسف.

وقال محمد: الشراء أولى، ولها[١٠] على الزوج القيمة[١١]، لأنه أمكن العمل بالبينتين[١٢] بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح، ويجب قيمته عند تعذر تسليمه.

وإن ادعى[١٣] أحدهما رهنا وقبضا، والآخر هبة وقبضا، وأقاما بينة فالرهن أولى، وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك[١٤]، والرهن لا يثبته[١٥]، وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون[١٦]، وبحكم الهبة غير

---

(١٧) قوله: "طار" فإن كل واحد يثبت استحقاقه في الكل إلا أنه لأجل المزاحمة سلم له البعض فالشيوع طار فلا يبطل الهبة. (عيني)

(١٨) أي لأن هذا الحكم.

(١) قوله: "لأنه تنفيذ إلخ" فصار كما لو أقام الرجلان البينة على الارتهان فلا يصح، لأن ارتهان المشاع لا يجوز كذا هذا. (مل)

(٢) أي القدوري في "مختصره" أي محمد. (عيني)

(٣) الاثنين.

(٤) لعبد من ذي اليد.

(٥) أي ذو اليد.

(٦) قوله: "فهما [أي المدعى والمرأة] سواء [إذا أقاما البينة]" يقضى بالعبد بينهما، وللمرأة على زوجها نصف القيمة، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه. (ع)

(٧) الشراء والتزوج.

(٨) قوله: "معاوضة" فإن قيل: الشراء مبادلة المال بالمال، ويوجب الضمان في العوضين، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة، فالشراء أقوى. قلنا: النكاح أقوى لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا، حتى لايبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشتري، ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشترى. (ك)

(٩) أي قوله: فهما سواء.

(١٠) المرأة.

(١١) أي قيمة العبد.

(١٢) قوله: "لأنه أمكن العمل إلخ" أي متى قلنا بسبق النكاح بطل البيع فإذا كان كذلك قلنا بسبق الشراء لأنه يفضي إلى تصحيح البينتين جميعا، فكان الشراء أولى، ووجب للمرأة على الزوج قيمة ذلك، لأن من تزوج امرأة على عبد الغير صحيح ووجبت القيمة، فكذلك ههنا. (عيني)

(١٣) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(١٤) قوله: "لأنها تثبت الملك" أي لأن الهبة تثبت ملك العين، والرهن لا يثبته، فكانت البينة المثبتة لملك العين أكثر إثباتا، فكانت أولى. (ك)

مضمون، وعقد الضمان أقوى[١]، بخلاف الهبة بشرط العوض[٢]، لأنه[٣] بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن، لأنه[٤] عقد ضمان يثبت الملك صورةً[٥] ومعنًى[٦]، والرهن لا يثبته[٧] إلى عند الهلاك معنى[٨] لا صورة[٩]، فكذا الهبة بشرط العوض[١٠].

وإن أقام الخارجان البينة[١١] على الملك والتاريخ[١٢]، فصاحب التاريخ الأقدم أولى؛ لأنه أثبت أنه أول المالكين، فلا يتلقي[١٣] الملك إلى من جهته[١٤]، يتلق الآخر منه[١٥]. قال[١٦]: ولو ادعيا الشرى من واحد، معناه من غير صاحب اليد[١٧]، وأقاما البينة على تاريخين[١٨]، فالأول[١٩] أولى؛ لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له

---

(١٥) الملك.

(١٦) بأقل من القيمة، ودين المرتهن.

(١) قوله: "وعقد الضمان أقوى [من عقد التبرع، لأنه أكثر إثباتًا]" وهذا لأنه يثبت البدلين المرهون، والدين والهبة لا يثبت إلا بدلا واحدًا، فكانت أكثر إثباتًا، فصار كالشراء مع الهبة. (ك)

(٢) فالهبة بشرط العوض أولى من الرهن.

(٣) أي الهبة بشرط العوض.

(٤) بيع.

(٥) أي من حيث الصورة في الحال.

(٦) أي من حيث المعنى في المآل.

(٧) الملك.

(٨) أي من حيث المعنى في المآل يعني إذا هلك.

(٩) أي من حيث الصورة في الحال.

(١٠) أي أقوى من الرهن.

(١١) قوله: "وإن أقام [هذا لفظ القدوري في "مختصره". نت] إلخ" صورته ادعى اثنان على آخر في عين، وأقام كل منهما بينة على الملك، يعني بأنه ملكه مطلقًا. (عيني)

(١٢) بأن شهد بينة كل منهما بالتاريخ.

(١٣) أي لا يؤخذ.

(١٤) أول.

(١٥) أول.

(١٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٧) قوله: "معناه [أي معنى قوله: من واحد] من غير صاحب اليد" كأنه قيد بقوله: معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار، لأنه قال أولا: ولو ادعى إثنان كل منهما أنه اشترى منه هذ العبد معناه من صاحب اليد، ورتب عليه الأحكام، وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور ههنا، فثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد، أو من غيره في هذا الحكم. (ك)

(١٨) مختلفين.

فيه[١]، وإن أقام كل واحد منهما البينة[٢] على الشراء من آخر، وذكرا تاريخًا[٣]، فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لباءهما، فيصير كأنهما حضرا[٤]، ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل[٥].

ولو وقتت[٦] إحدى البينتين وقتا، ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين؛ لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك[٧] لجواز أن يكون الآخر أقدم، بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما[٨] اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته[٩]، فإذا أثبت[١٠] أحدهما تاريخًا يحكم به، حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره[١١].

ولو ادعى[١٢] أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره، والثالث الميراث من أبيه، والرابع الصدقة، والقبض من آخر قضى بينهم أرباعًا لأنهم يتلقون الملك من باعتهم[١٣]، فيجعل كأنهم[١٤] حضروا، وأقاموا البينة على الملك المطلق[١٥].

قال[١٦]: فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ، وصاحب اليد بينة على ملك

---

(١٩) أي صاحب التاريخ الأول.

(١) قوله: "لا منازع له فيه [أي في ذلك الوقت]" فكان استحقاقه ثابتًا من ذلك الوقت، وأن الآخر اشتراه من غير المالك، فكان باطلا. (ع)

(٢) قوله: "وإن أقام كل واحد إلخ" أي أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلا، وآخر على الشراء من عمرو. (ب)

(٣) قوله: "وذكرا تاريخًا [واحدًا]" أي ذكرًا تاريخًا واحدًا، وأما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لبائعه في وقت لا يناز ع الآخر فيه، ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده. (ن)

(٤) قوله: "كأنهما حضرا [بالعين]" أي كان البائعين حضرا وادعيا، وأرخا تاريخًا واحدًا. (نتائج)

(٥) قوله: "كما ذكرنا من قبل" وهو قوله: وكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك. (كفاية)

(٦) يعني إذا ادعى الخارجان كل واحد منهما الشراء من رجل آخر.

(٧) أي ملك بائعه.

(٨) المدعين.

(٩) البائع الواحد.

(١٠) بالبينة.

(١١) قوله: "حتى يتبين إلخ" لأن الشراء أمر حادث، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم، فشراء غير الموقت يضاف إلى أقرب الأوقات، وهو الحال، فيتأخر عن شراء الموقت حكمًا. (نتائج)

(١٢) هذه من مسائل "المبسوط" ذكرها المصنف تفريعًا. (نت)

(١٣) قوله: "من باعتهم" وفي بعض النسخ من بائعهم، وكلاهما بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين الأربعة، فكان المراد منه من مملكيهم، وفي بعض النسخ من ملقيهم استدلالا بلفظ يتلقون. (نتائج)

(١٤) الباعة.

(١٥) فإنهم استووا في دعوى الملك، وقد أثبتوه بالحجة فيوز ع بينهم.

أقدم تاريخا كان أولى، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو رواية عن محمد، وعنه[١]: أنه لا يقبل بينة ذي اليد[٢] رجع[٣] إليه[٤]، لأن البينتين قامتا[٥] على مطلق الملك[٦]، ولم تتعرضا لجهة الملك[٧]، فكان التقدم والتأخر سواء.

ولهما: أن البينة[٨] مع التاريخ متضمنة معنى الدفع[٩]، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت، فثبوته لغيره بعده[١٠] لا يكون إلا بالتلقي من جهته، وبينة ذي اليد على الدفع[١١] مقبولة[١٢]، وعلى هذا الاختلاف[١٣] لو كانت الدار في أيديهما[١٤]، والمعنى ما بينا[١٥]. ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق، ووقت إحداهما[١٦] دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى.

---

(١٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١) أي محمد.

(٢) أي صاحب اليد. (نت)

(٣) أي محمد.

(٤) أي إلى هذه الرواية الأخيرة.

(٥) قوله: "لأن البينتين إلخ" بيانه أنه لما لم يتعرض البينتان لجهة الملك جاز أن يكون جهة الملك، أي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم في نفس الأمر، فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر، بخلاف ما إذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء، وإحداهما أسبق من الأخرى حيث كان الأسبق أولى لتعرضه لسبق سبب ملك أحد المشتريين، وهو الشراء، فلم يبق احتمال أن يكون الآخر أسبق في الملك. (نتائج)

(٦) أي من غير ذكر سبب.

(٧) قوله: "ولم تتعرضا إلخ" احترز به عما إذا قامت البينتان على شراء مؤرخ، وأحدهما أسبق تاريخًا من الأخرى، فالأسبق أولى رواية واحدة فيما إذا كان البائع واحدا، وفيما إذا كان البائع اثنين، اختلفت روايات الكتب، فما ذكر في "الهداية" يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ، وفي "المبسوط" ما يدل على أن سبق التاريخين أولى ذلك. (ك)

(٨) أي بينة ذي اليد.

(٩) قوله: "معنى الدفع" أي دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات تلقي الملك من جهته. (ك)

(١٠) أي بعد ذلك الوقت.

(١١) قوله: "على الدفع [أي دفع الخصومة]" كبينة المرأة والعبد والأمة بالطلاق والعتاق على الوكيل بنقلهم لقصر يد الوكيل عنهم. (ك)

(١٢) قوله: "مقبولة" فإن من ادعى على ذي اليد عينًا، وأنكر ذو اليد ذلك، فأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة. (نتائج)

(١٣) المذكور.

(١٤) قوله: "لو كانت الدار في أيديهما [فوقتا]" فعندهما الدار لصاحب الوقت الأقدم، وعند محمد رح يبطل التقدم، ويكون الدار بينهما، لأن كل واحد منهما خارج، وذو اليد ففيما في يده ذواليد، وفيما في يد صاحبه خارج، فيأخذ كل واحد منهما ما في يد صاحبه. (ك)

(١٥) وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين. (ك)

وقال أبو يوسف: وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لأنه أقدم[١]، وصار كما في دعوى الشراء[٢] إذا أرّخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى. لهما: أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع[٣]، ولا دفع ههنا[٤] حيث وقع الشك في التلقي من جهته[٥]، وعلى هذا[٦] إذا كانت الدار في أيديهما[٧]، ولو كانت[٨] في يد ثالث، والمسألة بحالها[٩] فهما[١٠] سواء عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى. وقال محمد: الذي أطلق أولى؛ لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق[١١] الزوائد[١٢]، ورجوع الباعة بعضهم على البعض[١٣]. ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق[١٤] يحتمل غير الأولية، والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء[١٥].

ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه[١٦] احتمال عدم التقدم[١٧]، فسقط اعتباره،

---

(١٦) البينتين.

(١) قوله: "لأنه أقدم" لأنه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت تعينًا، ومن لم يوقت يثبت للحال، وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك، فلا يعارضه. (ك)

(٢) قوله: "كما في دعوى الشراء إلخ" يعني إذا ادعيا الشراء من بائع واحد، وأرخ أحدهما دون الآخر، فحينئذ يقضى للمؤرخ، وأما إذا ادعيا الشراء من بائعين فوقت أحدهما دون الأخرى قضى بينهما نصفين. (ك)

(٣) أي دفع بينة الخارج. (ك)

(٤) لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهته، وههنا لم يتعين حيث إلخ.

(٥) قوله: "حيث وقع الشك إلخ" لأن بذكر تأريخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر يتلقاه من جهته لإمكان أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخًا، بخلاف ما إذا أرخا، وكان تاريخ ذي اليد أقدم لما تقدم. (ع)

(٦) الخلاف. (نت)

(٧) قوله: "إذا كانت الدار في أيديهما" وأقاما البينة على الملك المطلق، فوقتت بينة إحداهما دون بينة الأخرى، فلا عبرة بالتاريخ عند أبي حنيفةرح ومحمدرح، خلافًا لأبي يوسفرح، فإنه يقول: الذي وقت أولى. (نت)

(٨) الدار.

(٩) أي وقتت بينة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى. (ك)

(١٠) أي الخارجان.

(١١) يعني إذا ادعى رجل ملكًا مطلقًا كانت الزوائد كلها له. (عيني)

(١٢) أي الزوائد المتصلة والمنفصلة كالأولاد والأكساب. (ك)

(١٣) قوله: "ورجوع الباعة [عند استحقاق الملك] إلخ" أي بدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض، فإن من أقام بينة على مطلق الملك في جارية مثلا استحقها وزوائدها، ويرجع باعتها بعضهم على بعض، فكان مدعى مطلق الملك مدعيًا للملك من الأصل، وملك الأصل أولى من التاريخ. (نت)

(١٤) من غير التاريخ.

(١٥) وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى. (عيني)

فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق[١] بخلاف الشراء[٢]، لأنه[٣] أمر حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات، فيترجح جانب صاحب التاريخ.

قال[٤]: وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج[٥]، فصاحب اليد أولى[٦]؛ لأن البينة[٧] قامت على ما لا تدل[٨] عليه اليد[٩] فاستويا[١٠]، وترجحت بينة ذى اليد باليد[١١]، فيقضى له، وهذا هو الصحيح[١٢]، خلافًا لما يقوله عيسى بن أبان: إنه تتهاتر البينتان، ويترك[١٣] فى يده لا على طريق القضاء[١٤]، ولو تلقى كل واحد[١٥] منهما[١٦] الملك من رجل، وأقام البينة على النتاج

---

(١٦) يزاحمه.

(١٧) وهذا لأن الذى لم يورخ كما احتمل أن يكون متأخراً عنه احتمل أن يكون سابقًا على تأريخ صاحبه. (ك)

(١) ولم يؤرخا كان بينهما.

(٢) قوله: "بخلاف الشراء" جواب عن قول أبى يوسف رح كما لو ادعيا الشراء، ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ، فيضاف إلخ. (ع)

(٣) الشراء.

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٥) أى على أن هذه الدابة نتجت وولدت عنده.

(٦) قوله: "أولى" سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بهما للخارج أو بعده، أما قبله فظاهر، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصر مقضيًا عليه، لأن بينته فى نفس الأمر دافعة لبينة الخارج، لأن النتاج لا يتكرر، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندًا إلى حجة، فلا يكون معتبراً. (نتائج)

(٧) أى بينة ذى اليد.

(٨) أى النتاج.

(٩) وهو أولية الملك بالنتاج.

(١٠) البينتان

(١١) قوله: "وترجحت إلخ" ثم اعلم أن بينة ذى اليد إنما تترجح على بينة الخارج على النتاج إذا ادعى الخارج الملك المطلق، إذا لم يدع الخارج فعلا على ذى اليد نحو الغصب، أو الوديعة، أو الإجارة، أو الرهن، أو ما أشبه ذلك، وأما إذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج أولى. (ك)

(١٢) قوله: "وهذا [أى ما ذكر من القضاء لذى اليد] هو الصحيح" وجه الصحة أن محمدًا ذكر فى خارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين، ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد. (ك)

(١٣) المتنازع فيه.

(١٤) قوله: "لا على طريق القضاء [بل لعدم القضاء بالخارج]" لأن القاضى تيقن بكذب أحد الفريقين لأن نتاج دابة من دابتين غير متصور فصار كأنهما لم يقيما بينة، ولو لم يقيما بينة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك.

قلت: لا معنى لذلك لأن الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الأم بل برؤية الفصيل يتبع الناقة، وكل واحد من الفريقين اعتمد سببًا ظاهراً لأداء الشهادة، فيجب العمل بهما، ولا يصار إلى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا يتهاتر البينتان مع أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكًا لشخصين فى زمان واحد لكل واحد منهما

عنده[١]، فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه.

ولو أقام أحدهما البينة على الملك، والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان[٢]؛ لأن بينته قامت على أولية الملك، فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقى[٣] من جهته، وكذلك إذا كان الدعوى بين خارجين[٤]، فبينة النتاج أولى لما ذكرنا[٥].

ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد، ثم أقام ثالث[٦] البينة على النتاج يقضى له[٧] إلا أن يعيدها[٨] ذواليد؛ لأن الثالث[٩] لم يصر مقضيًا عليه[١٠] بتلك القضية[١١]، وكذا المقضى عليه بالملك المطلق[١٢] إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء[١٣]

بكماله، ولكن لما وجد القاضى بشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين باشر سبب الملك، وعاين الفريق الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا. (مل)

(١٥) قوله: "ولو تلقي كل واحد إلخ" صورة المسألة عبد في يد رجل ادعاه رجل آخر أنه عبده اشتراه من فلان، وأنه ولد في ملك ذلك الفلان الذى باعه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على أنه عبده، واشتراه من فلان يريد رجلا آخر، وأنه قد ولد فى ملك فلان الذى باعه قضى لذى اليد، لأن كل واحد خصم فى إثبات نتاج بائعه كما هو خصم فى إثبات ملك بائعه، لو حضر البائعان، وأقام البينة على الخارج كان ذو اليد أولى، فهذا مثله. (عينى)

(١٦) أى من الخارج وذى اليد. (ك)

(١) أى عند من يتلقى منه. (ع)

(٢) أى سواء كان صاحب اليد أو الخارج.

(٣) والفرض أن الآخر لم يتلقّ منه. (نت)

(٤) بأن يدعى أحدهما الملك والآخر النتاج. (نت)

(٥) من أنه يدل على أولية الملك.

(٦) الخارج.

(٧) أى للثالث.

(٨) البينة.

(٩) الخارج.

(١٠) قوله: "لم يصر مقضيًا عليه إلخ" لأن المقضى به الملك، وثبوت الملك بالبينة فى حق شخص لا يقتضى ثبوته فى حق آخر، فإن أعاد ذو اليد البينة قضى له بها تقديمًا لبينة ذى اليد على بينة الخارج فى النتاج، وإن لم يعد قضى بها للثالث. (نتائج)

(١١) السابقة.

(١٢) قوله: "وكذا المقضى عليه [ذى اليد] إلخ" صورته ما إذا أقام الخارج البينة على ذى اليد فى دابة معينة بالملك المطلق، فقضى القاضي بها له، ثم أقام ذواليد البينة على النتاج يقضى بها له، وينقض القضاء الأول، وهذا استحسان، وفى القياس لا تقبل بينته لأنه صار مقضيًا عليه بالملك، فلا تقبل بينته إلا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له.

وجه الاستحسان أن من يقيم البينة على النتاج يثبت أولية الملك لنفسه، وأن هذه العين حادثة على ملكه، فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره، فلم يصر ذو اليد به مقضيًا عليه، وقد تبين بإقامة البينة أن القاضى أخطأ فى قضاءه، وأن أولية الملك لذى اليد، فلهذا ينقض قضاءه بخلاف الملك المطلق. (ك)

(١٣) الأول.

به، لأنه[١] بمنزلة النص[٢]، والأول بمنزلة الاجتهاد[٣].

قال[٤]: وكذلك النسج[٥] في الثياب التي لا تنسج إلا مرة، كغزل[٦] القطن، وكذلك[٧] كل سبب في الملك لا يتكرر؛ لأنه في معنى النتاج، كحلب اللبن[٨] واتخاذ الجبن واللبد[٩]، والمرعزى[١٠]، وجز الصوف[١١]، وإن كان[١٢] يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق[١٣]، وهو[١٤] مثل[١٥] الخز[١٦] والبناء[١٧] والغرس،

---

(١) أي لأن إقامة البينة على النتاج بمنزلة نص ظهر بخلاف الاجتهاد. (ك)

(٢) لدلالته على الأولية قطعاً، فكان القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص. (عيني)

(٣) والاجتهاد ينقض بالنص.

(٤) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٥) قوله: "وكذلك [معطوف على قوله: وإن أقام الخارج] النسج [بافتن]" أي النسج كالنتاج في أنه لا يتكرر، وكل حكم عرفته في النتاج، فهو في النسج كذلك، وصورة المسألة إذا ادعى رجل ثوباً في يد رجل أنه ملكه بأن نسجه في ملكه، فأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد. (نت)

(٦) ريسمان.

(٧) أي يقضى به لذى اليد.

(٨) قوله: "كحلب اللبن" أي أقام كل واحد منهما البينة على أن اللبن له وملكه، حلبه من شاته يقضى لذى اليد، واتخاذ الجبن، أي إذا تنازعا في جبن، وأقام الخارج وذو اليد البينة على أن هذا الجبن له صنعه في ملكه فهو لذى اليد لأن الجبن لا يصنع إلا مرة، واللبد بأن ادعى كل واحد، وأقام بينته على أن هذا اللبد له صنعه في ملكه فهو لذى اليد. (مل)

(٩) نمدة. (م)

(١٠) قوله: "والمرعزى" إذا شددت الزاء قصرت وإذا خففت مددت، والميم والعين مكسورتان، وقد يقال: مرغراً -بفتح الميم- مخففاً وهي كالصوف تحت شعر المغر، كذا في "الكفاية"، وقال في "منتهى الأرب": مرغرى مويهاى ريزه بن پشم گوسپند. (مل)

(١١) قوله: "جز الصوف" أي اختلفا في جز الصوف، فأقام كل واحد منهما البينة على أنه صوفه جزه من غنمه، فإنه يقضى به لذى اليد، لأن الجز لا يكون إلا مرة واحدة، فكان في معنى النتاج.
فإن قيل: كيف يكون الجز في معنى النتاج، وهو ليس بسبب لأولية الملك، فإن الصوف على ظهر الشاة كان مملوكاً له قبل الجز. قلنا: نعم، ولكنه كان كوصف الشاة، ولم يكن مالا مقصوداً إلا بعد الجز، ولهذا لا يجوز بيعه، وما تنازعا فيه مال مقصود. (ك)

(١٢) السبب.

(١٣) قوله: "بمنزلة الملك المطلق" والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج، ثم يغصبه الخارج، وينقضه وينجسه مرة أخرى، فيصير ملكاً له بهذا السبب بعد ما كان ملكاً لذى اليد، فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه، بخلاف الفصل الأول، فإن الثوب الذي لا ينسج إلا مرة إذا صار لذى اليد بنسجه لا يتصور أن يصير الخارج نسجه، فكان في معنى دعوى النتاج. (ك)

(١٤) أي السبب المتكرر. (نت)

(١٥) أي مثل نسج الخز هو اسم دابة، ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً، كذا في "المغرب"، قيل: هو نسج، فإذا بلي يعزل مرة أخرى، وينسج. (نتائج)

(١٦) خز -بالفتح- جانوری ست وجامه از پشم آن. (من)

وزراعة الحنطة والحبوب[١]، فإن أشكل[٢] يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج، لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول عنه[٣] بخبر النتاج[٤]، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل[٥].

قال[٦]: وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق[٧]، وصاحب اليد البينة على الشراء منه[٨] كان صاحب اليد أولى؛ لأن الأول[٩] وإن[١٠] كان يثبت أولية الملك فهذا[١١] تلقى منه، وفي هذا لا تنافي[١٢]، فصار كما إذا أقر[١٣] بالملك له[١٤]، ثم ادعى الشراء منه. قال[١٥]: وإن أقام كل واحد منهما[١٦] البينة على الشراء من الآخر، ولا تاريخ معهما تهاترت[١٧] البينتان، ويترك[١٨] الدار في يد ذي اليد.

---

(١٧) قوله: "والبناء إلخ" أما في البناء بأن أقام كل واحد منهما البينة أنها داره بناها بماله يقضى بها للخارج لأن البناء يكون مرة بعد مرة، فلم يكن في معنى النتاج، وفي الغرس يقضى به للخارج لأن الشجر يغرس غير مرة فقد يغرسها إنسان، ثم يقلعها غيره، ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج، وكذلك إذا كانت الدعوى في الحنطة بأن أقام كل واحد منهما البينة أنها حنطة زرعها في أرضه قضى بها للمدعي لأن الزرع قد يكون غير مرة، فإن الحنطة قد تزرع في الأرض، ثم يغربل التراب، فيميز الحنطة منها، ثم يزرع ثانية، فلم يكن هذا في معنى النتاج. (ك)

(١) سوى الحنطة.

(٢) قوله: "فإن أشكل [بأن لم يدر هل يتكرر أم لا] إلخ" أي إذا كان الثوب أو نحوه لا يستبين أنه ينسج مرة، أو مرتين سأل القاضي أهل العلم عن ذلك يريد به العدول منهم ويبنى الحكم على قولهم الواحد منهم يكفي والاثنان أحوط، قال الله تعالى: ﴿فاسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾. (ك)

(٣) الأصل.

(٤) قوله: "بخبر النتاج" وهو ما روى أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل، وأقام البينة أنها ناقته نتجتها عنده، وأقام الذي في يده البينة أنها ناقته نتجتها عنده فقضى به رسول الله ﷺ للذي هي في يده. (عيني)

(٥) هو القضاء للخارج.

(٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) قوله: "وإن أقام الخارج إلخ" أي أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد، وأقامها ذواليد على أنه اشتراها من الخارج. (نت)

(٨) الخارج.

(٩) الخارج.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) ذواليد.

(١٢) بين الأمرين.

(١٣) ذواليد.

(١٤) الخارج.

(١٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٦) الخارج وذي اليد.

قال[١]: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضي بالبينتين، ويكون[٢] للخارج، لأن العمل بهما ممكن، فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر[٣] وقبض، ثم باع[٤] ولم يسلم[٥] لأن القبض دلالة السبق على ما مر[٦]، ولا يعكس الأمر[٧]، لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن[٨] كان في العقار عنده[٩]. ولهما: أن الإقدام على الشراء إقرار منه[١٠] بالملك للبائع، فصار كأنهما[١١] قامتا على الإقرارين[١٢]، وفيه التهاتر بالإجماع[١٣] كذا ههنا[١٤]. ولأن السبب[١٥] يراد لحكمه[١٦] وهو الملك، وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد[١٧] إلا بملك مستحق[١٨]، فبقي القضاء له[١٩] بمجرد السبب[٢٠]، وأنه[٢١] لا يفيده. ثم لو شهدت البينتان[٢٢] على نقد الثمن[٢٣]

---

(١٧) تساقطت.

(١٨) قضاء ترك لا قضاء استحقاق.

(١) أي المصنف.

(٢) الدار.

(٣) أي الخارج.

(٤) من الخارج.

(٥) فيؤمر بالتسليم إلى الخارج.

(٦) من قوله: لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شراءه. (عيني)

(٧) قوله: "ولا يعكس الأمر" بأن الخارج كأنه اشترى من ذي اليد أولا، ثم باعه من ذي اليد، لأن في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض والبيع قبل إلخ. (عيني)

(٨) الواو وصلية.

(٩) محمدرح.

(١٠) أي من المشترى.

(١١) الشهادتين.

(١٢) أي بمنزلة ما لو أقام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بالملك.

(١٣) قوله: "وفيه التهاتر بالإجماع" لأن الثابت من الإقرارين بالبينة كالثابت من المعاينة، ولو عاينا إقرارهما معًا بطلا فإن مالا يعرف سبق أحدهما جعل كأنهما وقعا معًا، وفيه التهاتر بالإجماع، فكذا ههنا. (ك)

(١٤) أي فيما نحن فيه من تهاتر البينتين.

(١٥) جواب عن قول محمدرح لأن العمل بالبينتين ممكن.

(١٦) قوله: "يراد لحكمه" يعني أن السبب إذا كان مفيداً للحكم يعتبر وإلا فلا، وههنا السبب هو شراء كل منهما من صاحبه لا يفيد الحكم وهو الملك لأنه لا يمكن إلخ. (عيني)

(١٧) قوله: "لا يمكن القضاء إلخ" لأنا إذا قضينا ببينة ذي اليد إنما نقضي ليزول ملكه إلى الخارج، فلم يكن السبب مفيداً للحكم بالبينة له، فبقي القضاء بمجرد السبب، وذلك لا يفيد. (ع)

(١٨) أي استحق الخارج عليه.

(١٩) أي لذي اليد.

فالألف بالألف قصاص عندهما[١] إذا استويا[٢] لوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب[٣] عنده[٤]. ولو شهد الفريقان[٥] بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع[٦]، لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين[٧] بخلاف الأول[٨].

وإن وقتت البينتان فى العقار[٩]، ولم يثبتا قبضا، ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما، فيجعل كأن الخارج اشترى أولا[١٠]، ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو[١١] جائز فى العقار عندهما. وعند محمد يقضى للخارج، لأنه لا يصح بيعه[١٢] قبل القبض، فبقى على ملكه، وإن أثبتا[١٣] قبضا يقضى لصاحب

---

(٢٠) دون الحكم.

(٢١) أى القضاء بمجرد السبب.

(٢٢) المذكورتان.

(٢٣) فى شراء كل منهما من الآخر بألف مثلا.

(١) الشيخين.

(٢) أى الثمنان فى الجنس والصفة.

(٣) قوله: "للوجوب" أى وجوب الثمن عند محمدرح لأن البينتين لما ثبتتا عنده كان كل واحد منهما موجبًا للثمن فيقاص الوجوب بالوجوب. (عينى)

(٤) محمدرح.

(٥) أى شهود الخارج وذوى اليد.

(٦) قوله: "تهاترتا بالإجماع" لكن على اختلاف التخريج، فعندهما باعتبار أن دعواهما هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه، وفى مثل هذا يتهاتر الشهود، فكذلك ههنا، وأما عند محمدرح فلأن الجمع إلخ. (عينى)

(٧) قوله: "لجواز كل واحد من البيعين" لوجود البيع بعد القبض، وليس فى البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقًا، والآخر لاحقًا، وإذا جاز البيعان، ولم يكن أحدهما أولى من الآخر فى القبول تساقطا، فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت، وهو معنى قوله: لأن الجمع غير ممكن، لأن الجمع عبارة عن إمكان العمل بهما، وههنا لم يمكن. (ع)

(٨) قوله: "بخلاف الأول" وهو ما إذا لم يشهدوا بالقبض حتى يقضى بالبينتين، وتكون للخارج عنده لأن الجمع بين البينتين ممكن، لأنا لو جعلنا بيع الخارج لاحقًا يلزم البيع قبل القبض، وهو لا يجوز، فيجعل بيعه سابقًا.
وفى "الكافى": وهذا يخالف ما ذكر فى "المبسوط" و"الجامع الكبير" وغيرهما، فإنه ذكر فيهما لو شهدوا بالعقد والقبض يقضى بالبينتين عنده لذى اليد إذ العمل بالبينتين ممكن بأن يجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها، ثم الخارج باعها وسلمها. (عينى)

(٩) قيد بالعقار ليظهر ثمرة الاختلاف كما ذكر. (ك)

(١٠) من ذى اليد.

(١١) أى البيع قبل القبض.

(١٢) أى بيع الخارج العقار.

(١٣) فى العقار.

اليد[١]، لأن البيعين[٢] جائزان على القولين[٣]، وإذا كان وقت صاحب اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين[٤]، فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد، وقبض ثم باع[٥] ولم يسلم[٦] أو سلم، ثم وصل إليه بسبب آخر[٧]. قال[٨]: وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء[٩]؛ لأن شهادة كل شاهدين علة تامة، كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل[١٠]، بل بقوة فيها[١١] على ما عرف[١٢]. قال[١٣]: وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان، أحدهما جميعها، والآخر نصفها، وأقاما[١٤] البينة، فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها، ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة؛ اعتباراً لطريقة المنازعة، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر[١٥] في النصف، فسلم له بلا منازع، واستوت[١٦] منازعتهما[١٧] في النصف الآخر، فينصف[١٨] بينهما[١٩]. وقالا: هي[٢٠] بينهما[٢١] أثلاثاً، فاعتبرا طريق العول[٢٢]

---

(١) أي بالإجماع. (ك)

(٢) أي بيع ذي اليد من الخارج أولا، ثم بيع الخارج من ذي اليد.

(٣) أي قولهما، وقول محمد.

(٤) أي سواء شهد الشهود بالقبض أو لم يشهدوا به. (ك)

(٥) من الخارج.

(٦) إلى الخارج.

(٧) من عارية أو إجارة. (ع)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) أي لا يترجح أحد المدعيين على الآخر بزيادة العدد في البينة.

(١٠) قوله: "لا يقع بكثرة العلل" حتى لا يترجح القياس بقياس آخر، ولا الحديث بحديث آخر، ولا الآية بآية أخرى، لأن كل واحد منهما علة بنفسه، أما إذا كانت إحدى الآيتين تحتمل التأويل، والأخرى لا تحتمل، فكان غير المحتمل أولى، لأنه لما لم تحتمل التأويل، فكان غير المحتمل أولى، لأنه لما لم تحتمل التأويل كان مفسراً، وكونه مفسراً وصف فيه، والمفسر راجح على النص والظاهر. (ك)

(١١) قوله: "بقوة فيها [العلل]" كالعدالة حتى إن أحد المدعيين لو أقام مستورين، والآخر عدلين، فإنه يترجح الذي شهد له العدلان. (عيني)

(١٢) في أصول الفقه.

(١٣) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٤) مدعيان.

(١٥) أي صاحب الجميع.

(١٦) وأقاما عليه البينة. (ع)

(١٧) المدعيين.

(١٨) النصف.

(١٩) فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار، ولمدعي النصف الربع. (ع)

والمضاربة[1]، فصاحب الجميع يضرب[2] بكل حقه سهمين، وصاحب النصف بسهم واحد، فيقسم أثلاثًا، ولهذه المسألة[3] نظائر وأضداد[4] لا يحتملها هذا المختصر[5]، وقد ذكرناها في "الزيادات"[6]. قال[7]: ولو كانت[8] في أيديهما[9] سلم[10] لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء؛ لأنه خارج في النصف[11]، فيقضى ببينته، والنصف الذى فى يديه صاحبه لا يدعيه، لأن مدعاه النصف، وهو فى يده سالم له[12]، ولو لم ينصرف إليه[13] دعواه كان ظالمًا[14] بإمساكه[15]، ولا قضاء بدون الدعوى فيترك فى يده[16].

---

(٢٠) الدار.

(٢١) المدعيين.

(٢٢) قوله: "فاعتبرا طريق العول" وذلك إذا اجتمع فى مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفى المجموع، فيحتاج إلى العول، كما فى امرأة ماتت وتركت زوجًا، وأختًا لأب وأم، وأختًا لأب، للزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف، وللأخت لأب السدس تكملة للثلثين، فتعول الفريضة إلى سبعة وكانت فى الأصل من ستة. (عينى)

(١) قوله: "والمضاربة" يعنى أن لكل واحد من المدعين حقًا فى العين على معنى أن حق كل منهما شائعًا فيها فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه، فلهذا كان القسمة فيه بطريق العول، فيضرب كل منهما بجميع دعواه، فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح، وأقله اثنان، فيضرب بذلك صاحب الجميع، ويضرب مدعى النصف بسهم، فيكون بينهما أثلاثًا. (ف)

(٢) أى يأخذ. (نت)، وفى "المغرب" وقال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث، أى يأخذ منه شيئًا بحكم ماله من الثلث. (ك)

(٣) قوله: "ولهذه المسألة" أى للمسألة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة رح بالمنازعة، وصاحباه بالعول، كما فى هذه المسألة، وأضداد حكم فيها أبو حنيفة رح بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس هذه المسألة. (نت)

(٤) قوله: "نظائر وأضداد" فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة، والموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين، إذا لم يكن للميت مال سواه، ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك، إذا أدانه أحد الموليين مائة درهم، والأجنبى مائتين، ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والأجنبى عند أبى حنيفة رح بطريق العول أثلاثًا، وعندهما بطريق المنازعة أرباعًا. (عناية)

(٥) الهداية.

(٦) لصاحب "الهداية". (كشف الظنون)

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٨) الدار.

(٩) وادعى أحدهما نصفها، والآخر كلها.

(١٠) إذا برهنا.

(١١) الذى بيد صاحبه.

(١٢) قوله: "وهو [النصف] فى يده سالم له" توضيحه أن دعوى مدعى النصف منصرفة إلى ما فى يده ليكون يدًا محقة فى حقه، لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، فمدعى النصف لا يدعى شيئًا مما فى يد صاحب الجميع لأن مدعاه النصف، وهو فى يده فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة. (نتائج)

(١٣) أى إلى النصف الذى فى يد صاحب النصف.

قال[1]: وإذا تنازعا في دابة[2]، وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده، وذكرا تاريخا، وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى؛ لأن الحال تشهد له، فيترجح. وإن أشكل ذلك[3] كانت بينهما[4]؛ لأنه[5] سقط التوقيت، فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا، وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان[6]، كذا ذكره الحاكم الشهيد؛ لأنه ظهر كذب الفريقين[7]، فتترك[8] في يد من كانت في يده.

قال[9]: وإذا كان العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة، فهو بينهما لاستواءهما[10].

فصل في التنازع بالأيدي[11]

قال[12]: وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها، فالراكب

---

(١٤) والأصل أن لا يحمل فعل المسلم على الظلم.

(١٥) النصف.

(١٦) قوله: "فيترك في يده" أي وإذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يدي مدعي الجميع، ولا قضاء بدون الدعوى، فيترك ذلك النصف في يد مدعي الجميع بلا قضاء. (نتائج)

(١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) وهي في يد ثالث.

(٣) أي سن الدابة.

(٤) قوله: "كانت [الدابة] بينهما" أي إذا كانا خارجين، أما إذا كانت الدعوى بين الخارج وذي اليد في النتاج، وأقاما البينة، ووقتت البينتان في الدابة وقتين، فإن كانت الدابة على وفق بينة المدعي قضيت بها له، لأن علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده، وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد.
وأما إذا كانت البينة على وفق بينة ذي اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد، إما لظهور علامة لصدق في شهوده، أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة، ولم يذكر فيه ما إذا كانت سن الدابة بين الوقتين اللذين ذكرهما بينتا الخارج، وذي اليد، وذكر في الذخيرة في ذلك عامة المشايخ على أنها تهاتر البينتان، ويترك الدابة في يد صاحب اليد. (ك)

(٥) لأنه لا دلالة فيه، فكأنهما أقاما البينة على النتاج. (عيني)

(٦) أي في دعوى الخارجين. (ك)

(٧) قوله: "لأنه ظهر كذب إلخ" وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد، فيمنع حالة الاجتماع أيضًا، فيترك الدابة في يد من هي في يده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة. (ع)

(٨) أي الدابة.

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٠) قوله: "لاستواءهما" أي في الاستحقاق، وذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب، فصار دعوى الوديعة، والغصب سواء، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق. (عيني)

(١١) قوله: "فصل في التنازع بالأيدي" لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد، لما أن الأيدي أقوى، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى دعواه. (عناية)

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

أولى[١]؛ لأن تصرفه أظهر فإنه[٢] يختص بالملك[٣]، وكذا إذا كان أحدهما راكبًا في السرج، والآخر رديفه[٤]، فالراكب في السرج أولى[٥]، بخلاف ما إذا كانا راكبين[٦] حيث تكون[٧] بينهما، لاستواءهما في التصرف، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل[٨] لأحدهما، وللآخر كوز معلق، فصاحب الحمل أولى، لأنه هو المتصرف. وكذا إذا تنازعا في قميص، أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه[٩]، فاللابس أولى؛ لأنه أظهرهما تصرفا، ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما، معناه[١٠] لا على طريق القضاء[١١]، لأن العقود[١٢] ليس بيد عليه فاستويا. قال[١٣]: وإذا كان ثوب في يد رجل، وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان، لأن الزيادة من جنس الحجة[١٤]، فلا يوجب زيادة في الاستحقاق[١٥].

قال[١٦]: وإذا كان الصبي في يد رجل وهو[١٧] يعبر[١٨] عن نفسه فقال[١٩]: أنا حر، فالقول قوله؛ لأنه في يد نفسه[٢٠].

---

(١) قوله: "فالراكب أولى" أي في كونه ذا اليد لأن الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف حتى لو أقام الآخر بينة تقبل. (ك)

(٢) الركوب.

(٣) يعني غالبًا. (نت)

(٤) أي خارج السرج.

(٥) لأن تصرفه أظهر.

(٦) أي في السرج. (ك)

(٧) الدابة.

(٨) بار.

(٩) أي أخذ بكمه.

(١٠) أي معنى قوله: فهو بينهما.

(١١) بل يترك في يدهما.

(١٢) قوله: "لأن العقود إلخ" أي لأن اليد على البساط لا يثبت إلا بالنقل والتحويل، أو يكون في يده حكمًا بأن كان في بيته، ولم يوجد شيء من ذلك ولهذا لا يصير غاصبًا بمجرد العقود عليه، بخلاف الركوب على الدابة، فإنه يصير غاصبًا بمجرد الركوب عليه بغير الإذن. (عيني)

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٤) لأن كل واحد يتمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمساكًا.

(١٥) إذ لا ترجيح بكثرة العلل.

(١٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٧) الواو حالية.

(١٨) أي يتكلم ويعقل ما يقول.

(١٩) حين دعوى رجل أنه عبده.

ولو قال[١]: أنا عبد لفلان[٢]، فهو عبد للذي في يده، لأنه أقر بأنه لا يد له[٣] حيث أقر بالرق، وإن كان لا يعبر عن نفسه، فهو عبد للذي هو في يده؛ لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها[٤]، وهو بمنزلة متاع[٥]، بخلاف ما إذا كان يعبر[٦]، فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول[٧] قوله؛ لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره. قال[٨]: وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع، أو متصل ببناءه[٩]، وللآخر عليه هرادى[١٠] فهو لصاحب الجذوع، والاتصال والهرادى ليست بشيء[١١]، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر[١٢] صاحب تعلق، فصار كدابة تنازعا فيها، ولأحدهما عليها حمل[١٣]، وللآخر كوز معلق[١٤]، والمراد بالاتصال[١٥] مداخلة لبن[١٦] جداره[١٧] فيه[١٨]، ولبن هذا في جداره، وقد يسمى اتصال تربيع[١٩]،

(٢٠) قوله: "لأنه في يد نفسه" فكان هو صاحب اليد، وكان المدعى خارجًا، والقول قول صاحب اليد، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إبانة لمعنى الكرامة. (نت)

(١) وقال الذي في يده: إنه عبدي. (نت)

(٢) غير ذي اليد. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه أقر بأنه لا يد له إلخ" فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعًا، فكان القول لذي اليد أنه له، ولا يقطع يده إلا بحجة، وشهادة العبد ليست بحجة، كذا في "الكافي". فإن قيل: الإقرار بالرق من المضار، وأقوال الصبي فيها غير موجبة، وإن كان عاقلا كالعتاق والطلاق والهبة، قلنا: الرق ههنا لا يثبت بإقراره، بل بدعوى ذي اليد إلا عند معارضته إياه بدعوى الحرية لايتقرريده عليه عند عدمها يتقرر، كما في الصبي الذي لايعقل، فيكون القول قوله في رقه. (نت)

(٤) أي عن نفسه.

(٥) لا يدل على نفسه.

(٦) عن نفسه، فإنه إذا قال: أنا حر فالقول قوله.

(٧) قوله: "لا يكون القول إلخ" فلا تزول يد من هو في يده إلا بدليل. (عيني)

(٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٩) يعني أو الحائط متصل ببناءه.

(١٠) قوله: "هرادى" الهرادي هي خشبات توضع على الجذوع، ويلقى عليها التراب، فإنها غير معتبرة، وكذا البوارى لأنه لم يكن استعمالا له وضعًا إذ الحائط لا يبنى لها بل للتسقيف، وهو لا يمكن على الهرادى والبوارى. (مج)

(١١) قوله: "والهرادى ليست بشيء" في "المغرب": الهردية بضم الهاء، وتشديد الياء عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات، من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم، وقال ابن السكيت: هو الحردى، ولا تقل: هردى، وقال شارح الوقاية: الهردى الخشبات التي توضع على الجذوع. (مل)

(١٢) أي صاحب الهرادى.

(١٣) بار.

(١٤) بها حيث يكون الدابة لصاحب الحمل والآخر صاحب تعلق.

(١٥) المذكور في قوله: أو متصل.

(١٦) لبن ككتف خشت خام. (من)

وهذا[1] شاهد ظاهر لصاحبه، لأن بعض بناءه على بعض هذا الحائط، وقوله: الهرادى ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا، وكذا البوارى[2] لأن الحائط[3] لا يبنى لهما[4] أصلا حتى لو تنازعا فى حائط، ولأحدهما عليه هرادى، وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما[5].

ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستواءهما، ولا معتبر بالأكثر منها[6] بعد الثلاثة، وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو[7] لصاحب الثلاثة، وللآخر موضع جذعه[8] فى رواية[9]، وفى رواية[10] لكل واحد[11] منهما ما تحت خشبه[12]. ثم قيل[13]: ما بين الخشب إلى الخشب بينهما[14]، وقيل: على قدر

---

(١٧) الرجل.

(١٨) أى فى المتنازع فيه.

(١٩) قوله: "وقد يسمى اتصال [أى اتصال مداخلة لبن] إلخ" وإنما سمى هذا اتصال التربيع لأنهما إنما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع. (صدر الشريعة)

قوله: "اتصال تربيع" وذكر فى حيطان الذخيرة: وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه، داخلة فى أنصاف لبن الغير التنازع فيه، وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة فى المتنازع فيه، وإن كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساحة أحدهما مركبة فى الأخرى، وأما إذا نقب فأدخل لا يكون تربيع، ويكون اتصال مجاورة ملازقة. (ك)

(١) أى اتصال تربيع.

(٢) بارى وبارية وبارياء وبورياء حصير بافته. (من)

(٣) قوله: "لأن الحائط إلخ" أى لأنه لما لم يكن استعمالا له وضعًا إذ الحائط لا يبنى لهما، وإنما يبنى للتسقيف، والتسقيف لا يمكن على الهرادى والبوارى صار معدومًا حكمًا. (ك)

(٤) أى للهرادى والبوارى.

(٥) قوله: "فهو [أى الحائط] بينهما [ولا يختص به صاحب الهرادى. ك]" لاستواءهما لأن وضع الهرادى والبوارى لا يثبت لصاحبها على الحائط يدا، لأن الحائط للتسقيف، وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادى والبوارى، وإنما توضع الهرادى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبنى للاستظلال. (عينى)

(٦) أى من الجذوع.

(٧) الحائط.

(٨) قوله: "موضع جذعه" وفى الإيضاح يريد به حق الوضع، لأن استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق يده، أما إذا ثبت ملكه بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع من وضع جذعه على جداره. (ك)

(٩) أى رواية كتاب الإقرار من الأصل. (نت)

(١٠) هى رواية كتاب الدعوى من الأصل.

(١١) قوله: "لكل واحد إلخ" لأن يد كل واحد منهما على موضع خشبه ثابتة، وسبب الاستحقاق أنما هو اليد على ذلك الموضع. (ك)

خشبهما، والقياس[١] أن يكون بينهما نصفين، لأنه لا معتبر بالكثرة فى نفس الحجة، ووجه الثانى[٢] أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته[٣]، وجه الأول[٤] أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى، فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير إلا أنه يبقي له[٥] حق الوضع، لأن الظاهر ليس بحجة[٦] في استحقاق يده.

ولو كان لأحدهما جذوع، وللآخر اتصال[٧]، فالأول[٨] أولى، ويروى أن الثانى[٩] أولى، وجه الأول[١٠] أن لصاحب الجذوع التصرف، ولصاحب الاتصال اليد، والتصرف أقوى[١١]، ووجه الثانى[١٢] أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله[١٣]، ثم يبقى[١٤] للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا[١٥]، وهذه[١٦] رواية الطحاوى، وصححها الجرجانى[١٧].

---

(١٢) إلى أسفل الأرض. (ك)

(١٣) أى على رواية كتاب الدعوى. (نت)

(١٤) قوله: "بينهما" أى بينهما نصفان، لأنه لا يد لأحدهما فيه، فلم يكن أحدهما بالأولى من الآخر كرجلين تنازعا فى دار، وفى يد أحدهما بيت منها، وفى يد الآخر بيتان أن الباقى بينهما نصفان كذلك باقى الخشب. (عينى)

قوله: "بينهما" لأن كل واحد منهما مستعمل للحائط إلا أن أحدهما أكثر استعمالا للحائط، ولا معتبر بالكثرة فى نفس الحجة. (ك)

(١) رجوع إلى قوله: فهو لصاحب الثلاثة.

(٢) وهو أن لكل واحد منهما ما تحت خشبته. (نت)

(٣) لأن ذلك الموضع مشغول بجذعه.

(٤) أى هو لصاحب الثلاثة وللآخر حق الوضع.

(٥) أى لصاحب الجذع الواحد والمثنى. (ك)

(٦) قوله: "ليس بحجة إلخ" فلا يستحق دفع الخشبة الموضوعة إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل، ويثبت للآخر حق الوضع عليه. (عينى)

(٧) قوله: "وللآخر اتصال [أى اتصال تربيع. ك]" المراد بالاتصال الذى وقع فى أحد طرفى الحائط المتنازع فيه، وأما إذا وقع اتصال التربيع فى طرفيه فصاحب الاتصال أولى، وعلى هذا عامة المشايخ. (نتائج الأفكار)

(٨) أى صاحب الجذوع. (ك)

(٩) صاحب الاتصال. (ك)

(١٠) أى أن صاحب الجذوع أولى.

(١١) لأن لتصرف هو المقصود باليد. (كافى)

(١٢) أى أن صاحب الاتصال أولى.

(١٣) لعدم القائل بالاشتراك. (ع)

(١٤) أى على الرواية الثانية.

(١٥) قوله: "لما قلنا" أشار به إلى قوله: لأن الظاهر ليس بحجة فى الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها

قال[١]: وإذا كانت دار منها[٢] في يد رجل عشرة أبيات، وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان؛ لاستواءهما[٣] في استعمالها وهو المرور فيها[٤].

قال[٥]: وإذا ادعى الرجلان أرضًا، يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنه في يد واحد منهما حتى يقيما[٦] البينة أنها في أيديهما؛ لأن اليد فيها[٧] غير مشاهدة لتعذر إحضارها[٨]، وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته.

وإن أقام أحدهما البينة[٩] جعلت في يده لقيام الحجة[١٠]؛ لأن اليد حق مقصود[١١]، وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا[١٢]، فلا تستحق لأحدهما[١٣]

لكونها حجة مطلقة. (عيني)

(١٦) أي الرواية الثانية.

(١٧) قوله: "وصححها الجرجاني" هو الفقيه أبو عبد الله المرشد، ورجحها بالسبق، لأن التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع، فكان يده ثابتاً قبل وضع الجذوع، فصار نظير سبق التاريخ. (نت)

(١) محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٢) أي من تلك الدار.

(٣) قوله: "لاستواءهما إلخ" ولا معتبر بكون أحدهما خراجًا وولاجًا دون الآخر؛ لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة. (ع)

(٤) ووضع الأمتعة وصب ماء الوضوء، وكسر الحطب.

(٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٦) قوله: "حتى يقيما إلخ" أقول: في عبارة الكتاب مسامحة، وكان الظاهر أن يقال: حتى يقيم البينة أنها في يده، لأن القضاء بأنها في يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة واحد منهما البينة أنها في يده لا على إقامتهما البينة أنها في أيديهما. (نت)

(٧) الأرض.

(٨) في مجلس القاضي.

(٩) قوله: "وإن أقام إلخ" فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهم ما هي في يد صاحبه على البتات، فإن حلف لم يقض باليد لهما، وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه، وتوقف الدار إلى أن يظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها كان في يده، ونصفها كان للذي في يد صاحبه بنكوله، وإن كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة في حق الثالث. (ك)

(١٠) قوله: "لقيام الحجة" فإن قيل: البينة حجة على الخصم، وإذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصمًا، فكيف يقضى باليد فيها للذي أقام البينة.

قلنا: هو خصم باعتبار منازعته في اليد، ألا ترى أنه يتمكن من إثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر، ومن كان خصمًا لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعًا كانت بينته مقبولة. (ك)

(١١) فلا يستحق أحدهما بغير حجة.

(١٢) وهو قوله: لقيام الحجة. (ك)

(١٣) قوله: فلا تستحق إلخ" متفرع على مجموع ما ذكر في مسألتنا هذه من قوله: وإذا ادعى الرجلان إلخ، إلى

من غير حجة[١]، وإن كان أحدهما قد لبّن[٢] في الأرض، أو بنى، أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها[٣].

باب دعوى النسب[٤]

قال[٥]: وإذا باع جارية، فجاءت بولد، فادعاه[٦] البائع، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع[٧]، وأمه أم ولد له[٨]، وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته[٩] باطلة؛ لأن البيع اعتراف منه[١٠] بأنه عبد، فكان في دعواه مناقضًا، ولا نسب[١١] بدون الدعوى.

وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه، لأن الظاهر عدم الزناء، ومبنى النسب[١٢] على الخفاء[١٣]، فيعفى فيه التناقض[١٤]، وإذا صحت[١٥] الدعوة[١٦] استندت إلى وقت العلوق، فتبين أنه باع أم ولده، فيفسخ

هنا بأن كان فذلكة الكلام في هذا المقام. (نت)

(١) حتى لو طلبا القسمة لم يقسم بينهما مالم يقيما البينة على الملك. (ع)

(٢) تلبين: خشت زدن. (من)

(٣) ومن ضرورته إثبات اليد كالركوب في الدواب واللبس في الثياب. (ك)

(٤) قوله: "باب دعوى النسب" لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب، وقدم الأول لأنه أكثر وقوعًا، فكان أهم ذكرًا. (نت)

(٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٦) قوله: "فادعاه" الدعوة نوعان، دعوة استيلاد، وهو أن يكون أصل العلوق في ملك المدعي، ودعوة تحرير، وهو بخلافه، والأول أقوى لسبقه واستنادها لوقت العلوق، واقتصار دعوة التحرير على الحال. (در مختار)

(٧) ويفسخ البيع ويرد الثمن. (عيني)

(٨) البائع.

(٩) قوله: "دعوته" دعوت بالكسر به پسرے خاندن، ودعوى نسب كردن، هذا كلام أكثر العرب، بعضهم يفتحون الدال في النسب، ويكسرونها في الطعام. (من)

(١٠) لأن إقدامه على البيع يدل على ذلك. (عيني)

(١١) أي لا ثبوت للنسب.

(١٢) قوله: "ومبنى النسب إلخ" جواب عن التناقض لأن الإنسان قد لا يعلم أن يكون العلوق منه، ولم يتبين له أنه منه. (عيني)

(١٣) لأن العلوق أمر خفي. (ك)

(١٤) قوله: "فيعفى فيه التناقض [لأجل الخفاء]" أي لا يمنع صحة الدعوى كما أن الزوج إذا كذب نفسه بعد قضاء القاضي ينفي النسب باللعان يثبت منه النسب، ويبطل حكم الحاكم، ولا ينظر إلى التناقض لمكان الخفاء في أمر العلوق. (نت)

(١٥) لأجل الخفاء.

(١٦) أي دعوة البائع.

البيع، لأن بيع أم الولد لا يجوز، ويرد الثمن[١]، لأنه قبضه بغير حق.

وإن ادعاه المشترى[٢] مع دعوة[٣] البائع[٤]، أو بعده[٥]، فدعوة البائع أولى؛ لأنها أسبق[٦] لاستنادها إلى وقت العلوق، وهذه[٧] دعوة استيلاد، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع؛ لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنًا، وهو[٨] الشاهد والحجة[٩]، إلا إذا صدقه المشترى، فيثبت النسب[١٠]، ويحمل على الاستيلاد بالنكاح[١١]، ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه، فلا يثبت حقيقة العتق[١٢] ولا حقه[١٣]، وهذه[١٤] دعوة تحرير[١٥]، وغير المالك[١٦] ليس من أهله[١٧]. وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع، ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشترى؛ لأنه احتمل أن لا

---

(١) إن كان منقودًا. (ع)

(٢) أى وقد ولدته لدون الأقل. (رد المحتار)

(٣) قوله: "مع دعوة إلخ" إنما قيد بقوله: مع دعوة لأنه لو ادعاه المشترى أولا يثبت النسب منه، ولا يثبت نسب البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب. (عينى)

(٤) يعنى ادعيا معًا. (نت)

(٥) أى بعد دعوة البائع.

(٦) قوله: " لأنها [أى دعوة البائع] أسبق" أما إذا كانت قبل دعوة المشترى فالأمر ظاهر، وأما إذا كانت مع دعوة المشترى فلما أشار إليه بقوله: لاستنادها إلخ، يعنى أن دعوة البائع مستندة إلى وقت العلوق، لأنها دعوة استيلاد، ودعوة المشترى مقتصرة على الحال، لأنها دعوة تحرير، فكانت دعوة البائع سابقة معنى، فكانت أولى.

ثم إنه ضمن قوله: وهذه دعوة استيلاد، الجواب عن دخل مقدر تقريره كيف يصح دعوة البائع وهو غير مالك فى الحال، وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاد وهو لا يقتصر إلى قيام الملك فى الحال، لأنها تستند إلى زمان الملك، بخلاف دعوة التحرير على ما سيجىء. (نتائج)

(٧) يعنى دعوة البائع. (ك)

(٨) أى اتصال العلوق فى الملك.

(٩) فى ثبوت النسب.

(١٠) من البائع.

(١١) حملا لأمره على الصلاح. (نت)

(١٢) فى الولد.

(١٣) قوله: "ولا حقه [أى فى الأم]" أى لا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للأم، فيبقى الولد عبدًا للمشترى، ولا تصير الأم أم ولد للبائع كما إذا ادعاه أجنبى آخر. (نتائج)

(١٤) أى دعوة البائع ههنا.

(١٥) يعنى إذا لم تصر الجارية أم ولد بقى الدعوة فى الولد دعوة تحرير.

(١٦) أعنى البائع.

(١٧) فلا بد من تصديق المشترى.

يكون العلوق في ملكه، فلم توجد الحجة، فلا بد من تصديقه[١]، وإذا صدقه يثبت النسب، ويبطل البيع، والولد حر، والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى[٢] لتصادقهما[٣] واحتمال العلوق في الملك[٤].

قال[٥]: فإن مات الولد، فادعاه البائع وقد[٦] جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم؛ لأنها تابعة للولد[٧]، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته[٨] إلى ذلك[٩]، فلا يتبعه استيلاد الأم[١٠]، وإن ماتت الأم[١١] فادعاه البائع وقد جاءت به[١٢] لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد، وأخذه البائع؛ لأن الولد هو الأصل في النسب[١٣]، فلا يضره فوات التبع[١٤]، وإنما كان الولد أصلا لأنها[١٥] تضاف إليه، يقال: أم الولد، وتستفيد الحرية من جهته؛ لقوله عليه السلام[١٦]: «أعتقها[١٧] ولدها»*، والثابت لها[١٨] حق الحرية، وله حقيقتها[١٩]،

---

(١) المشترى.

(٢) وهى ما إذا جاءت به أقل من ستة أشهر من يوم با ع. (نت)

(٣) البائع والمشترى.

(٤) أى فى الملك البائع، وفى نسخة: فى ملكه.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) الواو حالية.

(٧) فى هذا الباب. (نت)

(٨) أى بعد الموت. (نت)

(٩) النسب.

(١٠) لأنه فر ع النسب.

(١١) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٢) الولد.

(١٣) والاستيلاد فر ع النسب.

(١٤) أى الأم.

(١٥) أى الأم.

(١٦) قوله: "لقوله عليه السلام" روى ابن ماجة والحاكم فى "مستدركه"، وسكت عنه من حديث عكرمة عن ابن عباس، قال: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ، فقال: «أعتقها ولدها». (على قارى)

(١٧) أى الأم.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٤٥ ص١٧٩. (نعيم)

(١٨) أى الأم.

(١٩) أى الحرية.

والأدنى يتبع الأعلى.

ويرد[١] الثمن[٢] كله فى قول أبى حنيفة[٣]، وقالا: يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم؛ لأنه تبين أنه[٤] باع أم ولده، وما ليتها[٥] غير متقومة عنده[٦] فى العقد والغصب[٧]، فلا يضمنها[٨] المشترى، وعندهما متقومة[٩]، فيضمنها[١٠].

قال[١١]: وفى "الجامع الصغير"[١٢]: وإذا حبلت الجارية فى ملك رجل فباعها، فولدت فى يد المشترى[١٣]، فادعى البائع الولد وقد[١٤] أعتق المشترى الأم فهو ابنه، ويرد عليه[١٥] بحصته من الثمن[١٦]، ولو كان المشترى أعتق الولد فدعوته[١٧] باطلة[١٨]. وجه الفرق[١٩] أن الأصل فى هذا الباب[٢٠] الولد، والأم تابعة له على ما

---

(١) هذا من تمام لفظ القدوري. (نت)

(٢) إلى المشترى.

(٣) فى صورة موت الأم.

(٤) أى البائع.

(٥) أى أم ولد.

(٦) الإمام.

(٧) قوله: "فى العقد والغصب" حتى إذا اشترى أم ولد الغير وماتت فى يده لا يضمن المشترى قيمتها، وكذا لو غصبها، فماتت عنده. (عينى)

(٨) أم الولد.

(٩) أى مالية أم الولد.

(١٠) أى المشترى فى العقد والغصب.

(١١) أى المصنف. (عينى)

(١٢) قوله: "وفى الجامع الصغير" إنما ذكر المصنف رواية "الجامع الصغير" إعلاماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت. (عينى)

(١٣) لأقل من ستة أشهر من يوم باعها.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) قوله: "ويرد عليه إلخ" يعنى يقسم الثمن على قيمة الولد، وقيمة أمه، فما أصاب الأم يلزم المشترى، وما أصاب الولد سقط عنه، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع، لأنه يثبت فيها للمشترى مالا يحتمل الإبطال وهو الولاء. (عينى)

(١٦) قوله: "بحصته من الثمن" والفرق بين هذا وبين ما إذا ماتت الأم، فإن ثمة يرد بجميع الثمن عند أبى حنيفة رح وهو أن فى الموت لو ثبتت أمومية الولد لا يبطل حكم من الأحكام، ولا كذلك فى إعتاقها لأنه يبطل العتق الثابت من الملك، ولأنه لو قلنا ببطلان العتق يلزم إبطال الحقيقة بالعتق. (ك)

(١٧) البائع.

(١٨) أى إذا لم يصدقه المشترى فى دعواه. (نت)

(١٩) قوله: "وجه الفرق" أى بين ما إذا أعتق المشترى الأم، ولم يعتق الولد حيث يكون دعوى البائع صحيحة فى حق الولد، وبين ما إذا أعتق المشترى الولد دون الأم حيث يبطل دعوى البائع أصلا. (عينى)

مر[١]، وفي الوجه الأول[٢] قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو[٣] العتق في التبع، وهو الأم، فلا يمتنع ثبوته[٤] في الأصل وهو الولد، وليس من ضروراته[٥]، كما في ولد المغرور[٦]، فإنه[٧] حر، وأمه أمة لمولاها، وكما في المستولدة بالنكاح[٨].

وفي الفصل الثاني[٩] قام المانع[١٠] بالأصل وهو الولد، فيمتنع ثبوته[١١] فيه وفي التبع[١٢]، وإنما كان الإعتاق[١٣] مانعًا؛ لأنه[١٤] لا يحتمل النقض[١٥] كحق استحقاق النسب[١٦]، وحق الاستيلاد[١٧] فاستويا[١٨] من هذا الوجه، ثم الثابت[١٩] من

---

(٢٠) أي باب الدعوى والاستيلاد. (نت)

(١) في مسألة الموت آنفًا. (نت)

(٢) أي ما إذا أعتق المشتري الأم. (عناية)

(٣) المانع.

(٤) أي ثبوت الدعوة والاستيلاد. (نت)

(٥) قوله: "وليس من ضروراته إلخ" جواب ما يقال: إنه إذا لم يمتنع الدعوة في الولد يثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب في الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع، فكان ينبغي أن يبطل البيع وإعتاق المشتري. (عيني)

قوله: "وليس من ضروراته" أي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه. (ع)

(٦) قوله: "كما في ولد المغرور" وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل بزعم أنها ملكه فاستولدها؛ فاستحقت، وأنه معتق بالقيمة، وهو ثابت النسب من أبيه، وليست أمه أم ولد لأبيه بل هي أمة لمولاها. (مل)

(٧) ولد.

(٨) قوله: "وكما في المستولدة إلخ" يعني إذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد، ولا يثبت أمومية الولد. (نت)

(٩) أي ما إذا أعتق المشتري الولد.

(١٠) العتق.

(١١) دعوة الاستيلاد.

(١٢) الأم.

(١٣) أي إعتاق المشتري الأم أو الولد.

(١٤) الإعتاق.

(١٥) قوله: "لأنه لا يحتمل النقض" وردّ بما إذا باع جارية حبلى، فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر، فأعتق المشتري أحدهما، ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعًا، حتى يبطل عتق المشتري، وذلك نقض العتق كما ترى، وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما، والحكم بصيرورته حر الأصل ثبوت النسب للآخر. (عناية)

(١٦) أي في الولد. (ك)

(١٧) أي في الأم. (ك)

(١٨) أي إعتاق المشتري وحق الاستحقاق والاستيلاد للبائع.

المشترى[١] حقيقة الإعتاق، والثابت[٢] فى الأم حق الحرية، وفى الولد للبائع حق الدعوة، والحق لا يعارض[٣] الحقيقة[٤]، والتدبير بمنزلة الإعتاق[٥]؛ لأنه لا يحتمل النقض، وقد ثبت به بعض آثار الحرية[٦]، وقوله[٧] فى الفصل الأول[٨]: يرد[٩] عليه بحصته من الثمن[١٠] قولهما[١١]، وعنده[١٢] بكل الثمن هو الصحيح[١٣] كما ذكرنا فى فصل الموت.

قال[١٤]: ومن باع عبدًا ولد[١٥] عنده، وباعه المشترى من آخر، ثم ادعاه البائع الأول، فهو ابنه، ويبطل البيع؛ لأن البيع يحتمل النقض، وماله[١٦] من[١٧] حق

---

(١٩) هذا بيان الترجيح.

(١) فى الوجهين.

(٢) للبائع.

(٣) قوله: "والحق لا يعارض إلخ" نوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدد، وكان المالك القديم يأخذه بالقيمة، وإن كان له حق الملك وللمشترى حقيقته، وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما. (ع)

(٤) لأن الحقيقة أقوى من الحق.

(٥) فى الحكم.

(٦) هو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك.

(٧) محمد.

(٨) هو ما إذا أعتق المشترى الأم.

(٩) الولد.

(١٠) قوله: "بحصته من الثمن" فإن قيل: يجب أن لا تكون للولد حصة من الثمن لأنه حادث بعد قبض المشترى، ولا حصة للولد الحادث بعد القبض. قلنا: الولدان حدث صورة بعد القبض، فمن حيث المعنى حادث قبل القبض، فإن البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة، وإن قبضه المشترى كما قبل القبض بسبيل من الفسخ بالاستهلاك، وإذا كان حادثًا قبل القبض معنى فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع، وقد استهلكه بالدعوة ههنا، فتصير له حصة من الثمن كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض. (ك)

(١١) الصاحبين.

(١٢) يرد.

(١٣) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذكره شمس الأئمة فى "المبسوط"، وقاضى خان، والمحبوبى أنه يرد بما يخص الولد من الثمن، بخلاف الموت، وفرقوا بينهما بأن فى الإعتاق كذب القاضى البائع فيما زعم أنها ولده حين جعلها معتقة المشترى، أو مدبرته فلم يبق لذعمه عبرة، وأما فى فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع، فبقى زعمه معتبرا فى حقه فيرد بجميع الثمن. (ع)

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) أى كان أصل العلوق فى ملكه. (ك)

(١٦) البائع.

(١٧) بيانية.

الدعوة لا يحتمله[١]، فينتقض البيع لأجله، وكذا[٢] إذا كاتب الولد[٣]، أو رهنه، أو آجره، أو كاتب الأم[٤]، أو رهنها، أو زوجها[٥] ثم كانت الدعوة، لأن هذه العوارض تحتمل النقض، فينقض ذلك كله، وتصح الدعوة[٦] بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر[٧]، وبخلاف ما إذا ادعاه المشترى أولا، ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع، لأن النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض، فصار كإعتاقه[٨]. قال[٩]: ومن ادعى نسب أحد التوأمين[١٠] ثبت نسبهما منه[١١]؛ لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا[١٢] لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور[١٣] علوق الثانى حادثًا[١٤]؛ لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر.

وفى "الجامع الصغير"[١٥]: إذا كان فى يده غلامان توأمان، ولدا عنده[١٦]، فباع أحدهما، وأعتقه المشترى، ثم ادعى البائع الذى فى يده[١٧]، فهما ابناه، وبطل عتق المشترى لأنه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق، والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه[١٨] ثبت به حرية الأصل[١٩]، فيثبت نسب الآخر، وحرية الأصل فيه[٢٠]

---

(١) النقض.
(٢) الحكم.
(٣) المشترى.
(٤) المشترى.
(٥) الأم بالغير.
(٦) من البائع.
(٧) أشار به إلى قوله: لأنه لا يحتمل النقض.
(٨) أى كإعتاق الولد حيث يرجح على حق البائع.
(٩) أى القدورى فى "مختصره". (نت)
(١٠) التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر فى بطن واحد. (نت)
(١١) المدعى.
(١٢) أشار به إلى قوله: فمن ضرورة ثبوت إلخ.
(١٣) قوله: "فلا يتصور إلخ" ولا يتصور علوق الثانى على علوق الأول؛ لأنها إذا حبلت ينسد فم الرحم. (نت)
(١٤) أى بعد ولادة الأول. (نت)
(١٥) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوة النسب فى الآخر بعد إعتاق المشترى. (ع)
(١٦) إشارة إلى أن العلوق فى ملكه.
(١٧) بأنه ابنه.

ضرورة لأنهما توأمان، فتبين أن عتق المشتري وشراءه لا في حر الأصل فبطل[١].

بخلاف ما إذا كان الولد واحداً[٢]، لأن هناك يبطل[٣] العتق[٤] فيه مقصوداً لحقّ دعوة البائع، وهٰهنا[٥] ثبت[٦] تبعًا لحريته فيه حرية الأصل[٧]، فافترقا[٨]، ولو لم يكن[٩] أصل العلوق في ملكه[١٠] ثبت نسب الولد الذي عنده[١١]، ولا ينقض البيع فيما باع، لأن هذه دعوة[١٢] تحرير[١٣] لانعدام شاهدا لاتصال[١٤]، فيقتصر[١٥] على محل ولايته[١٦].

---

(١٨) أي فيما إذا كان أصل العلوق في ملكه.

(١٩) أي في ذلك الولد.

(٢٠) الآخر.

(١) أي كل واحد من العتق والشراء.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا كان إلخ" أي إذا كان الولد واحداً، فباعه وأعتقه المشتري، ثم ادعى البائع أنه ابنه، فلا يبطل العتق، ولا يثبت النسب. (مل)

(٣) قوله: "يبطل العتق إلخ" يعني لو بطل عتق المشتري في تلك الصورة إنما يبطل العتق الثابت مقصوداً بسبب حق دعوة البائع، وأنه لا يجوز، لأن عتق المشتري عتق حقيقي، وحق البائع حق الدعوة، والحق أدنى من الحقيقة، فلا يعارضها، فكيف يرفعها. (ك)

(٤) والعتق لا يحتمل النقض.

(٥) أي في مسألة التوأمين. (ك)

(٦) أي بطلان عتق المشتري.

(٧) قوله: "تبعًا لحريته فيه حرية الأصل" أي لا حرية التحرير، فالضمير في حريته راجع إلى المشتري بالفتح، وقوله: فيه متعلق بقوله: يثبت، والضمير راجع إلى المشتري كذلك، وقوله: حرية الأصل بدل من قوله: لحريته، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين ذلك لأن البيع لم يكن صحيحاً، فالإعتاق لم يصادف محله، فكان خليقاً بالرد والإبطال. (نت)

(٨) قوله: "فافترقا" أي فافترق ما نحن فيه من مسألة التوأمين، وما إذا كان الولد واحداً حيث لزم بطلان العتق هناك أصالة وقصداً، وفيما نحن فيه ضمناً وتبعاً، وكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً، ولا يثبت أصالة وقصداً. (نتائج)

(٩) والمسألة بحالها. (نت)

(١٠) البائع.

(١١) قوله: "ثبت نسب إلخ" أي يثبت نسب الولدين من البائع أيضًا، لأن التوأمين لا ينفكان نسبًا، وقد ثبت نسب الذي عنده لمصادفة الدعوة ملكه، فيثبت نسب الآخر ضرورة، ويعتق الذي عند البائع على البائع، ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده، ولا ينتقض بيعه، لأن هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لافتقار دعوة الاستيلاد إلى اتصال العلوق بملك من يدعيه، وإذا كانت دعوة تحرير تقتصر على محل ولايته، وصار كأن البائع أعتقهما، فيعتق من في ملكه فحسب، وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر، فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري عليه. (كفاية)

(١٢) في المبيع.

(١٣) لا دعوة استيلاد.

(١٤) أي اتصال العلوق في ملكه.

(١٥) هذه الدعوة.

قال[١] : وإذا كان الصبي في يد رجل، فقال: هو ابن عبدي فلان الغائب، ثم قال: هو ابني لم يكن ابنه أبدًا[٢] وإن[٣] جحد العبد أن يكون ابنه، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إذا جحد العبد فهو ابن المولى، وعلى هذا الخلاف[٤] إذا قال: هو ابن فلان ولد على فراشه، ثم ادعاه لنفسه[٥]. لهما: أن الإقرار[٦] يرتد برد العبد، فصار كأن لم يكن الإقرار، والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن[٧] كان[٨] لا يحتمل النقض، ألا ترى أنه يعمل فيه[٩] الإكراه[١٠] والهزل[١١]، فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري، فكذبه البائع، ثم قال[١٢]: أنا أعتقته يتحول الولاء[١٣] إليه[١٤]، بخلاف ما[١٥] إذا صدقه[١٦]، لأنه[١٧] يدعي[١٨] بعد ذلك[١٩] نسبًا ثابتًا من الغير[٢٠].

(١٦) البائع.

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٢) قوله: "لم يكن ابنه أبدًا" أي في وقت من الأوقات لا حالا ولا مستقبلا، أما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير، وأما استقبالا فلأن الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث، إما أن يصدقه، أو يكذبه، أو يسكت عن تصديق وتكذيب، ففي الوجه الأول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق، لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له، فبقي إقراره، وفي الوجه الثاني لم يصح دعوته عند أبي حنيفة خلاف لهما. (ع)

(٣) الواو وصلية.

(٤) المذكور.

(٥) حيث لا يكون ابنه عنده أبدًا خلافًا لهما فيما إذا جحد.

(٦) أي إقرار النسب إلى العبد.

(٧) الواو وصلية.

(٨) النسب.

(٩) قوله: "ألا ترى أنه إلخ" الإكراه لا يبطل ما لا يحتمل النقض، وكذا الهزل، ويبطلان الإقرار بذلك، فإن من أكره على الطلاق والعتاق ففعل يقع الطلاق والعتاق، ولو أكره على الإقرار بهما فأقر لا يقع، كما لو أكره على البيع وغيره مما يحتمل النقض ففعل فإنه لا يثبت، فإذا ثبت أن الإقرار مما لا يحتمل النقض ملحق بما يحتمل النقض ثبت أنه يرتد بالرد. (ك)

(١٠) قوله: "الإكراه" حتى لو أكره بالإقرار ببنوة عبد فأقر لا يجوز. (عيني)

(١١) بأن أقر بالبنوة هازلا فإنه لا يثبت. (عيني)

(١٢) المشتري.

(١٣) فإن الإقرار ارتد برد المقر له أي البائع.

(١٤) أي إلى المشتري.

(١٥) حيث لا يصح فيه دعوى المولى.

(١٦) أي صدق العبد المولى.

(١٧) المقر.

(١٨) وهو لا يسمع.

وبخلاف ما إذا[١] لم يصدقه[٢]، ولم يكذبه[٣] لأنه تعلق به[٤] حق المقر له[٥] على اعتبار تصديقه، فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن، لأن له أن يكذب نفسه[٦]. ولأبى حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته[٧] والإقرار بمثله[٨] لا يرتد بالرد، فبقى[٩] فيمتنع دعوته[١٠] كمن شهد على رجل بنسب صغير[١١]، فردت شهادته لتهمة[١٢]، ثم ادعاه لنفسه[١٣]، وهذا[١٤] لأنه تعلق به[١٥] حق المقر له على اعتبار تصديقه، حتى لو صدقه[١٦] بعد التكذيب يثبت النسب منه، وكذا تعلق[١٧] به[١٨] حق الولد، فلا يرتد برد المقر له.

ومسألة[١٩] الولاء على هذا الخلاف[٢٠]، ولو سلم[٢١] فالولاء قد يبطل

---

(١٩) أى بعد تصديق المقر له إياه. (نت)

(٢٠) أى العبد.

(١) حيث لا يصح فيه دعوى المولى أيضاً.

(٢) أى المولى العبد.

(٣) أى المولى العبد.

(٤) الصبى.

(٥) العبد.

(٦) فيصح دعوته.

(٧) وهذا بالاتفاق. (ع)

(٨) أى بما لا يحتمل النقض.

(٩) قوله: "فبقى" أى فبقى الإقرار فى حق المقر، وإن لم يثبت فى حق المقر له، كما إذا أقر بعتق عبد الغير وكذبه المالك، ثم اشتراه يعتق عليه. (عينى)

(١٠) المقر.

(١١) حيث لا يصح دعوته

(١٢) لفسق أو قرابة.

(١٣) قوله: "ثم ادعاه [الشاهد الصبى] لنفسه" يعنى لا يصح دعوة الشاهد لنفسه لما أنه أقر بأنه ثابت النسب من المدعى، والإقرار بالنسب مما لا يحتمل النقض. (ك)

(١٤) أى أن الإقرار بالنسب لا يحتمل الرد.

(١٥) أى بسبب الإقرار.

(١٦) المقر.

(١٧) قوله: "وكذا تعلق إلخ" إنما قاله لأن الإقرار حق المقر له، فينبغى أن يرتد بالرد كما فى الإقرار بالدين، فقال: هذا الإقرار ليس بحق المقر له على الخلوص بل تعلق به حق الولد أيضاً. (ك)

(١٨) أى بالإقرار.

(١٩) جواب عن استشهادهما.

باعتراض[١] الأقوى كجر الولاء[٢] من جانب الأم إلى قوم الأب، وقد اعترض على الولاء الموقوف[٣] ما هو أقوى، وهو دعوى المشترى[٤]، فبطل به[٥]، بخلاف النسب[٦] على ما مر[٧]، وهذا[٨] يصلح مخرجاً[٩] على أصله[١٠] فيمن يبيع الولد، ويخاف[١١] عليه الدعوة[١٢] بعد ذلك[١٣]، فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره[١٤].

قال[١٥]: وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني، فقال النصراني: هو ابني، وقال المسلم: هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر؛ لأن الإسلام مرجح[١٦]، فيستدعي تعارضًا، ولا تعارض لأن نظر[١٧] الصبي في هذا[١٨] أوفر، لأنه ينال شرف

---

(٢٠) قوله: "على هذا الخلاف" فلا يقوم حجة، فإنه لو أقر المشترى بإعتاق البائع المشترى، وكذبه البائع، ثم قال المشترى: أنا أعتقته، فلا يتحول الولاء إلى المشترى عند الإمام الأعظم رح. (مل)

(٢١) قوله: "ولو سلم" أي لو سلمنا أن تلك المسألة بالاتفاق، فنقول: بين الولاء والنسب فرق. (عيني)

(١) پيش آمدن.

(٢) قوله: "كجر الولاء إلخ" صورته معتقة تزوجت بعبد، وولدت منه أولادًا، فإذا أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه. (عيني)

(٣) قوله: "على الولاء الموقوف" وهو الولاء من جانب البائع وسماه موقوفًا، لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب. (عيني)

(٤) قوله: "وهو دعوى المشترى" كونه أقوى لقيام ملكه في الحال. (عيني)

(٥) الموقوف.

(٦) قوله: "بخلاف النسب" فإنه لا يجوز نقض النسب بعد ثبوته، فلم يبطل، ولم يصح دعوة المولى بعد إقراره أنه ابن عبده. (عيني)

(٧) أشار به إلى قوله: إن النسب لا يحتمل النقض.

(٨) أي قوله: هذا ابن عبدي فلان الغائب.

(٩) أي الحيلة.

(١٠) أي على أصل الإمام.

(١١) فينتقض البيع.

(١٢) بأنه ابنه.

(١٣) أي البيع.

(١٤) قوله: "فيقطع دعواه إلخ" فإن ذلك الغير لو صدق أو كذب، أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم يصح دعوة المقر عند أبي حنيفة رح، والحيلة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن فلان الميت، حتى لا يتأتى منه تكذيب، فيكون مخرجا على قول الكل، ذكره شمس الأئمة السرخسي. (ك)

(١٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٦) قوله: "لأن الإسلام مرجح" يعني أن الإسلام مرجح أينما كان، والترجيح يستدعي تعارضًا، ولا تعارض ههنا، لأن التعارض إنما يكون عند وجود المساواة، ولا مساواة ههنا، لأن نظر الصبي في هذا أوفر، يعني أن النظر للصبي واجب، ونظره فيما ذكرنا أوفر، لأنه ينال إلخ. (نت)

الحرية حالا، وشرف الإسلام مآلا، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة[١]، وفي عكسه[٢] الحكم بالإسلام تبعًا[٣]، وحرمانه عن الحرية، لأنه ليس في وسعه اكتسابها[٤].

ولو كانت دعوتهما[٥] دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحًا للإسلام، وهو[٦] أوفر النظرين[٧]. قال[٨]: وإذا ادعت امرأة صبيًا أنه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة، ومعنى المسألة أن تكون المرأة[٩] ذات زوج[١٠] لأنها تدعي تحميل النسب على الغير[١١]، فلا تصدق إلا بحجة[١٢]، بخلاف الرجل[١٣] لأنه يحمل نفسه النسب[١٤]، ثم شهادة القابلة كافية فيها، لأن الحاجة إلى تعيين الولد[١٥]، أما النسب يثبت بالفراش القائم[١٦]، وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة[١٧]*.

---

(١٧) شفقة.

(١٨) أي في كونه ابن النصراني، وكونه حرًا.

(١) فيمكنه اكتساب الإسلام بنفسه.

(٢) قوله: "وفي عكسه إلخ" يعني لو جعلناه عبداً للمسلم جعلناه مسلماً تبعًا، وحرمناه عن الحرية، لأن ليس في وسعه اكتساب الحرية. (ك)

(٣) لمولاه.

(٤) الحرية.

(٥) المسلم والنصراني.

(٦) قوله: "وهو أوفر النظرين" لأن القضاء بالنسب من المسلم قضاء بإسلامه. (كفاية)

(٧) نظر الإسلام ونظر البنوة.

(٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٩) قوله: "أن تكون المرأة إلخ" إنما قيد بذلك لأن المرأة إذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها من غير بينة كما في الرجل. (ك)

(١٠) وأنكر الزوج. (نت)

(١١) أي الزوج والغير منكر.

(١٢) قوله: "إلا بحجة" وهي شهادة القابلة، لأن الولادة مما لا يحضرها الرجال، فإذا شهدت قابلة يثبت النسب. (ب)

(١٣) قوله: "بخلاف الرجل [إذا ادعى أنه ابنه]" أي يصدق الرجل في دعوى الولد بدون شهادة القابلة، لأن دعوى الرجل إقرار على نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتربية، أما دعوى المرأة فإقرار على الزوج لا يلزمها شيء من ذلك، والدعوى لا تقبل إلا بحجة. (ك)

(١٤) فلا يحتاج فيه إلى الحجة.

(١٥) بأنه هو الذي ولدته تلك المرأة. (نت)

(١٦) في الحال.

(١٧) وقال حذيفة رضي الله عنه: أجاز رسول الله ﷺ شهادة القابلة على الولادة. (الزيلعي)

ولو كانت[١] معتدة[٢] فلا بد من حجة تامة[٣] عند أبي حنيفة، وقد مر في الطلاق[٤]، وإن لم تكن[٥] منكوحة[٦] ولا معتدة، قالوا: يثبت النسب منها بقولها، لأن فيه إلزامًا على نفسها دون غيرها.

وإن كان لها زوج، وزعمت أنه ابنها منه، وصدقها[٧] الزوج فهو ابنهما وإن[٨] لم تشهد امرأة؛ لأنه التزام نسبه فأغنى ذلك عن الحجة.

وإن كان الصبي[٩] في أيديهما، وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها، وزعمت أنه ابنها من غيره[١٠]، فهو ابنهما؛ لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما، أو لقيام الفراش بينهما، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه، فلا يصدق[١١] عليه[١٢]، وهو نظير ثوب في يد رجلين، يقول كل واحد منهما: هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما، إلا أن هناك[١٣] يدخل المقر له في نصيب المقر، لأن المحل[١٤] يحتمل الشركة، وههنا[١٥] لا يدخل[١٦]، لأن النسب لا يحتملها[١٧].

قال[١٨]: ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده[١٩]، فاستحقها رجل غرم

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٤٥ ص١٧٩. (نعيم)

(١) أي المرأة التي تدعي نسب الابن على زوجها.

(٢) عن طلاق أو وفاة.

(٣) قوله: "فلا بد من حجة تامة" هي شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، إلا أن يكو هناك حبل ظاهر، أو اعترف من قبل الزوج، فيثبت النسب من غير شهادة، وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة. (عيني)

(٤) في باب ثبوت النسب.

(٥) المرأة.

(٦) ذات زوج. (ف)

(٧) في دعواها.

(٨) الواو وصلية.

(٩) أراد صبيًا لا يعبر عن نفسه، فأما إذا عبر فالقول له أيهما صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه. (عناية)

(١٠) الزوج.

(١١) كل واحد.

(١٢) أي على صاحبه.

(١٣) أي في مسألة الثوب الذي في يد رجلين.

(١٤) الثوب.

(١٥) أي في مسألة دعوى النسب.

(١٦) المقر له في نصيب المقر.

(١٧) الشركة.

(١٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

الأب[١] قيمة الولد يوم يخاصم؛ لأنه ولد المغرور[٢]، فإن المغرور[٣] من يطأ امرأة معتمدًا على ملك يمين، أو نكاح، فتلد منه، ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة[٤]، ولأن النظر من الجانبين[٥] واجب[٦]، فيجعل الولد[٧] حر الأصل في حق أبيه رقيقًا في حق مدعيه نظرًا لهما.

ثم[٨] الولد[٩] حاصل في يده من غير صنعه[١٠]، فلا يضمنه إلا بالمنع، كما في ولد المغصوبة[١١]، فلهذا[١٢] تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة؛ لأنه[١٣] يوم المنع، ولو مات الولد[١٤] لا شيء على الأب لانعدام المنع، وكذا لو ترك مالا[١٥] لأن الإرث ليس ببدل عنه[١٦]، والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه[١٧]، فيرثه[١٨]، ولو قتله[١٩] الأب

---

(١٩) أي من ماء المشترى.

(١) للمستحق.

(٢) وولد المغروز معتق بالقيمة.

(٣) قوله: "فإن المغرور إلخ" إنما سمى مغرورًا؛ لأن البائع غره، وباع منه جارية لم تكن ملكًا له. (شرح الوقاية)

(٤) قوله: "بإجماع الصحابة [قلت: غريب. ت]" فإنه لا خلاف بين الصدر الأول، وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حر الأصل، ولا خلاف أيضًا بين السلف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه، فقال عمر ابن الخطاب رضي الله عنه: يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية، يعنى إن كان الولد غلامًا، فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية، فعليه جارية مثلها. وقال على بن أبي طالب رضي الله عنه: عليه قيمة الولد، وإليه ذهب أصحابنا ح، لأنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونًا بالمثل، وتأويل حديث عمر رضي الله عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية، فالخلاف ارتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر، وتبين مرامه على وفق ما يقتضيه النص الدال على أن الحيوان لا يكون مضمونًا بالمثل. (نتائج)

(٥) الأب والمدعى.

(٦) دفعًا للضرر عنهما. (ع)

(٧) قوله: "فيجعل الولد إلخ" لأن مقصود الأب من الاستيلاد الغلاق ولده حرًا، إذ لو علم بالغلاقة رقيقًا لا يقدم على الاستيلاد، فيجعل حر الأصل تحقيقًا لمقصوده. (ك)

(٨) بيان لسبب الضمان وهو المنع. (ع)

(٩) مغرورو مستحق.

(١٠) أي تعد منه.

(١١) قوله: "كما في ولد المغصوبة" أي ولد الجارية المغصوبة فإن ولدها أمانة لا تضمن إلا بالمنع. (عينى)

(١٢) أي لأجل كون الضمان بالمنع.

(١٣) يوم الخصومة.

(١٤) قبل الخصومة.

(١٥) قوله: "وكذا لو ترك إلخ" أي لا شيء علية، أي على الأب لو مات ولد المغرور، وترك مالا ميراثًا لأبيه. (عينى)

(١٦) قوله: "ليس ببدل عنه [أي عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد]" أي عن الولد بخلاف الدية لأنها بدله، فمنعها كمنع الولد، فيأخذ قيمته. (ك)

يغرم قيمته لوجود المنع، وكذا لو قتله[١] غيره[٢]، فأخذ ديته[٣]؛ لأن سلامة بدله كسلامته له[٤]، ومنع بدله كمنعه، فيغرم قيمته، كما إذا كان[٥] حيًا.

ويرجع[٦] بقيمة الولد على بائعه؛ لأنه ضمن له[٧] سلامته[٨]، كما يرجع بثمنه[٩]، بخلاف العقر[١٠] لأنه[١١] لزمه[١٢] لاستيفاء منافعها[١٣]، فلا يرجع[١٤] به[١٥] على البائع، والله أعلم بالصواب.

---

(١٧) الأب.

(١٨) قوله: "فيرثه" فإن قيل: الولد إن كان حرا في حق أبيه فهو رقيق في حق مدعيه، فوجب أن يكون المال بينهما، قلنا: الولد حر الأصل في حق المدعى أيضًا، حتى لا يكون ولاءه له، وإنما جعل رقيقا ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها. (ك)

(١٩) ولد المغرور.

(١) ولد المغرور.

(٢) الأب.

(٣) قوله: "فأخذ [أي الأب] ديته" قيد بالأخذ ذكر في "المبسوط"، فإن قضى له بالدية، فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة، لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل، فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق، لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل، فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد. (كفاية)

(٤) أي الأب.

(٥) الولد.

(٦) المشترى المغرور.

(٧) قوله: "لأنه [البائع] ضمن له [المشترى] إلخ" يعنى أن الولد جزء للأم، والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميعه، ولم يسلم. (ك)

(٨) أي سلامة المبيع عن العيب، ولا عيب فوق الاستحقاق. (نت)

(٩) أي بثمن المبيع، وهو الأم، وفي نسخة: بثمنها.

(١٠) قوله: "بخلاف العقر" أي الذي أخذه المستحق من المشترى، فالمغرور لا يرجع على البائع بعقر وجب عليه. (مل)
قوله: "العقر [في "المغرب": العقر صداق المرأة إذا وطئت بشبهة]" اعلم أنه قال في "الدر المختار": إن من أسماء المهر العقر، وفي استيلاد الجوهرة: العقر في الحرائر مهر المثل، وفي الإماء عشر قيمة الأمة إن كان بكرًا، أو نصف عشر قيمتها إن كانت ثيباً، والظاهر أنه يشترط عدم نقصان العشر، أو نصفه عن عشرة دراهم، فإن نقص وجب تكميله إلى العشرة، لأن المهر لا ينقص عن عشر، سواء كان مهر المثل أو مسمى، كذا في "رد المحتار".
وقال في الفيض: وقيل في الجوارى: ينظر إلى مثل تلك الجارية جمالا، ومولى بكم تتزوج، فيعتبر بذلك وهو المختار، وقال في الفتح: العقر هو مهر مثلها في الجمال، أي ما يرغب فيه في مثلها جمالا فقط، وأما ما قيل: ما يستأجر به مثلها للزنا، لو جاز فليس معناه، بل العادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهرًا. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(١١) العقر.

(١٢) المشترى.

(١٣) الجارية.

(١٤) المشترى.

(١٥) العقر.

كتاب الإقرار[١]

قال[٢]: وإذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره مجهولا[٣] كان ما أقر به أو معلومًا، اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق[٤]، وأنه ملزم[٥] لوقوعه دلالة، ألا ترى[٦] كيف ألزم[٧] رسول الله ﷺ ماعزاً الرجم* بإقراره[٨]، وتلك المرأة[٩] باعترافها، وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره[١٠]، فيقتصر[١١] عليه[١٢].

وشرط الحرية ليصح إقراره[١٣] مطلقًا[١٤]، فإن العبد المأذون له وإن[١٥] كان

---

(١) قوله: "كتاب الإقرار" ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب، وذلك لأن دعوى المدعي إذا توجهت إلى المدعى عليه، فأمره لا يخلو إما أن يقر أو ينكر، وإنكاره سبب للخصومة، والخصومة مستدعية للصلح، قال الله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾. وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصلح، فأمر صاحب المال بماله، لا يخلو إما أن يستربح منه أو لا، فإن استربح منه فلا يخلو إما أن يستربح منه بنفسه أو بغيره، وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرنا هناك بما قبله، وذكر ههنا استرباحه لغيره، وهو المضاربة، فإن لم يستربح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه، أو بغيره، ولم يذكر حفظه لنفسه، لأنه لم يتعلق به حكم في المعاملات، فبقي حفظه لغيره، وهو الوديعة.

والإقرار في اللغة: إفعال من قر الشيء، أي ثبت، وفي الشرع: عبارة عن إخبار بماله ظاهراً لغيره، وأما سببه فإرادة إسقاط الواجب عن ذمته بإخباره وإعلامه، وأما شرطه: فالعقل والبلوغ بلا خلاف، وأما الحرية فهي شرط في بعض الأشياء دون البعض، وكذا الرضا والطوع شرطه حتى لا يصح إقرار المكره، وأما ركنه فالألفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الإقرار على المقر، وأما حكمه فلزوم ما أقر به على المقر. (ن)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) بأن قال: لفلان علي شيء. (نت)

(٤) لغيره على نفسه.

(٥) قوله: "وأنه ملزم" هذا حكم الإقرار، أي أن الإقرار ملزم على المقر لما أقر به لوقوعه دلالة، أي لوقوع الإقرار دلالة على وجود المخبر به، لأن الإقرار دائر بين الصدق والكذب، ويترجح جانب الصدق، إذ المرء لا يكذب، على أن المال محبوب بالطبع، فلا يقر لغيره كاذباً مع كمال عقله وديانته. (عيني)

(٦) إيضاح لقوله: وأنه ملزم إلخ.

(٧) روى هذا مسلم.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١١، والدراية ج٢ تحت الحديث في كتاب الإقرار إلخ ص١٨٠. (نعيم)

(٨) بالزنا. (نت)

(٩) قوله: "وتلك المرأة" وهي الغامدية، وهي التي زنى بها ولد الأعرابي، فجلد ذلك الولد، وقال رسول الله صلى عليه وعلى آله وسلم لأنيس: «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»، فاعترفت فرجمت كذا روى الشيخان فلما جعل الإقرار حجة في الحدود التي تندرأ بالشبهات، فلأن يكون حجة في غيرها أولى. (مل)

(١٠) قوله: "وهو حجة قاصرة إلخ" حتى لو أقر مجهول الأصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله، ولم يصدق على أولاده، أمهاتهم، ومدبريه، ومكاتبيه، لأنه قد ثبت حق الحرية له، واستحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم. (ك)

(١١) بخلاف البينة فإنه حجة متعدية.

(١٢) المقر.

ملحقًا بالحر في حق الإقرار لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال، ويصح[١] بالحدود والقصاص؛ لأن[٢] إقراره عهد موجبًا لتعلق الدين برقبته، وهي[٣] مال المولى، فلا يصدق[٤] عليه[٥]، بخلاف المأذون له[٦]، لأنه مسلط عليه[٧] من جهته[٨]، وبخلاف الحد والدم[٩]، لأنه يبقى على أصل الحرية في ذلك[١٠] حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه[١١]، ولا بد من البلوغ والعقل؛ لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبي[١٢] مأذونًا له[١٣]، لأنه[١٤] ملحق بالبالغ بحكم الإذن.

وجهالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزمه مجهولا، بأن أتلف ما لا لا يدري قيمته، أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها، أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق، فيصح به[١٥]، بخلاف الجهالة[١٦] في

---

(١٣) المقر.

(١٤) أي في المال وغيره. (ك)

(١٥) الواو وصلية.

(١) أي إقرار المحجور عليه.

(٢) دليل للمجموع. (ع)

(٣) الرقبة.

(٤) لقصور الحجة. (نت)

(٥) أي على المولى. (نت)

(٦) قوله: "بخلاف المأذون له" فإنه أقر بدين رجل أو وديعة أو غصب أو عارية، فإنه يصح لأنه ملحق بالأحرار في حق الإقرار. (ك)

(٧) قوله: "لأنه مسلط عليه" لأن الإذن بالتجارة إذن بما يلائمها، وهو دين التجارة، لأن الناس لا يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح. (عيني)

(٨) المولى.

(٩) القصاص.

(١٠) أي في الحد والدم.

(١١) أي فيما ذكر من الحد والدم.

(١٢) قوله: "إلا إذا كان الصبي إلخ" كان إقراره جائزا بدين لرجل أو غصب، أو وديعة، أو عارية ومضاربة لأنه التحق بالإذن بالبالغ لدلالة الإذن على عقله، ولا يصح إقراره بالمهر والجناية والكفالة، لأنها غير داخلة تحت الإذن، إذ التجارة مبادلة المال بالمال، والنكاح مبادلة المال بما ليس بمال، والكفالة تبرع من وجه، فلم تكن تجارة مطلقة. (كفاية)

(١٣) في التجارة فيصح إقراره.

(١٤) لأن الصبي المأذون.

(١٥) أي بالمجهول.

المقر له[١] لأن المجهول لا يصلح مستحقًا.

ويقال[٢] له[٣]: بين المجهول؛ لأن التجهيل من جهته[٤]، فصار كما إذا أعتق أحد عبديه[٥]. فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان؛ لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره، وذلك بالبيان.

قال: فإن قال[٦]: لفلان على شيء لزمه أن يبين ماله[٧] قيمة[٨]؛ لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها[٩]، فإذا بين غير ذلك[١٠] يكون رجوعًا[١١]. قال[١٢]: والقول قوله[١٣] مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك[١٤]؛ لأنه[١٥] هو المنكر فيه، وكذا[١٦] إذا قال: لفلان علي حق لما بينا[١٧]، وكذا[١٨] لو

---

(١٦) قوله: "بخلاف الجهالة [فإنه لا يصح] إلخ" في الذخيرة جهالة المقر له إنما تمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة بأن قال: هذا الواحد من الناس، أما إذا لم تكن فاحشة لا تمنع بأن قال: هذا العبد لأحد من هذين الرجلين. (عيني)

(١) قوله: "في المقر له" كما إذا قال لرجل: على ألف درهم، أو يقول: لزيد على ألف درهم لم يصح الإقرار لأن زيدًا في الدنيا كثير إلا أن يبين. (ك)

(٢) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) أي المقر إذا أقر بمجهول.

(٤) المقر.

(٥) فإنه يبين أي العبدين أراد.

(٦) هذا أيضًا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) مكيلا، أو موزونًا، أو عدديًا. (ع)

(٨) قل أو كثر نحو حبة، أو فلس، أو نحوهما.

(٩) الذمة.

(١٠) قوله: "غير ذلك" أي غير ماله قيمة نحو أن يقول: عنيت بشيء أو حق حق الإسلام، أو كفًا من التراب. (ملخصات الحواشي)

(١١) عن إقراره، فلا يسمع.

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٣) قوله: "القول قوله [أي المقر] إلخ" أي إن ساعده المقر له على ما بينه أخذه، وإن ادعى غيره، فالقول قول المقر مع يمينه، لأن خرج عن موجب إقراره بما بين، فإذا كذبه المقر له فيه صار رادا لإقراره، فيبقى دعواه شيئًا آخر عليه وهو لذلك منكر، فالقول قوله مع يمينه. (ك)

(١٤) أي مما بينه.

(١٥) أي المقر.

(١٦) أي يلزمه أن يبين بماله قيمة.

(١٧) قوله: "لما بينا" من أنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها. (نت)

(١٨) أي يجب البيان.

قال[١] : غصبت منه شيئًا ، ويجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع[٢] تعويلا على العادة[٣] . ولو قال[٤] : لفلان علي مال ، فالمرجع إليه في بيانه ؛ لأنه هو المجمل ، ويقبل[٥] قوله في القليل والكثير ؛ لأن كل ذلك[٦] مال ، فإنه[٧] اسم لما يتمول[٨] به إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالا عرفًا .

ولو قال : مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم ؛ لأنه أقر بمال موصوف[٩] ، فلا يجوز إلغاء الوصف ، والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيًا به ، والغنى عظيم عند الناس[١٠] . وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم ، وهي نصاب السرقة ، لأنه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة ، وعنه مثل[١١] جواب[١٢] الكتاب[١٣] ، وهذا[١٤] إذا قال : من الدراهم ، أما إذا قال من الدنانير[١٥] فالتقدير فيها بالعشرين[١٦] ، وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه

---

(١) هذه من مسائل "المبسوط". (نت)

(٢) قوله: "ويجب أن يبين إلخ" أي لا بد من أن يبين شيئًا هو مال، لأن الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غير مال إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه، فالغصب لا يرد إلا على ما هو مال، وما يثبت بدلالة اللفظ، فهو كالملفوظ كقوله: اشتريت من فلان شيئًا يكون إقراراً بشراء ما هو مال، لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه.

ولا بد من أن يبين ما لا يجرى فيه التمانع بين الناس حتى إن فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه، لأن الإقرار بالغصب دليل على أنه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه، وهذا مما يجرى فيه التمانع، فإذا بين شيئًا بهذه الصفة قبل بيانه، لأن هذا بيان مقرر لأصل كلامه، وبيان التقرير صحيح موصولا كان أو مفصولا. (ك)

(٣) قوله: "تعويلا على العادة" أي لأن مطلق اسم الغصب يطلق على أخذ مال متقوم في العرف. (ك)

(٤) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٥) من تتمة كلام القدوري. (نت)

(٦) أي القليل والكثير.

(٧) المال.

(٨) تمول: مالدار شدن، ودولت مندى. (غياث)

(٩) بالعظيم.

(١٠) قوله: "والغنى عظيم عند الناس" فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، ولم يذكر محمد في الأصل قول أبي حنيفة في هذا الفصل، فاختلفت رواية المشايخ عنه، فأراد المصنف بيان ذلك فقال: وعن أبي حنيفة. (نت)

(١١) قوله: "وعنه [أي عن أبي حنيفة] مثل إلخ" قال شمس الأئمة السرخسي: والأصح على قول أبي حنيفة أنه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغني حقير. (نتائج)

(١٢) أي لا يصدق في أقل من مائتي درهم.

(١٣) القدوري.

(١٤) أي ما ذكرنا أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم.

(١٥) مال عظيم.

(١٦) لأنه النصاب من الدنانير.

من جنسه[١]، وفي غير مال الزكاة[٢] بقيمة النصاب، ولو قال: أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سمّاه[٣] اعتباراً لأدنى الجمع[٤].

ولو قال: دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة، وهذا عند أبى حنيفة، وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين، لأن صاحب النصاب مكثر[٥]، حتى وجب عليه مؤاساة[٦] غيره[٧]، بخلاف ما دونه[٨].

وله أن العشرة أقصى ما ينتهى إليه اسم الجمع[٩] يقال: عشرة دراهم، ثم يقال أحد عشر درهمًا، فيكون هو[١٠] الأكثر من حيث اللفظ[١١]، فينصرف[١٢] إليه[١٣].

ولو قال: دراهم فهى ثلاثة؛ لأنها أقل الجمع الصحيح، إلا أن يبين أكثر منها[١٤]؛ لأن اللفظ يحتمله، وينصرف[١٥] إلى الوزن المعتاد[١٦].

ولو قال: كذا كذا درهمًا لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهمًا؛ لأنه ذكر

---

(١) قوله: "لأنه أدنى نصاب يجب [الزكاة] فيه من جنسه" كالعشرين من الدنانير، والمائتين من الدراهم، فإن قلت: ينبغى أن يقدر فى الإبل بخمسة، لأن صاحبها غنى بها، ووجبت عليه شاة، والغنى عظيم عند الناس، قلت: الخمسة من الإبل عظيم لوجوب الشاة، حقير لعدم الوجوب من جنسه، فيشترط خمسة وعشرون ليكون عظيماً مطلقاً لإطلاقه، فانصرف المطلق إلى الكامل. (عينى)

(٢) قوله: "وفى غير مال الزكاة" أى فيما إذا بين بغير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب، أى بقدر النصاب قيمة. (نت)

(٣) قوله: "من جنس ما سمّاه" أى من نوع ما سمّاه حتى لو قال: من الدراهم كان التقدير بست مائة درهم، ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالاً، ولو قال: من الإبل كان بخمس وسبعين إلى غير ذلك من الأموال، وإنما كان كذلك اعتباراً لأدنى الجمع، فإن أدنى الجمع ثلاثة، فيحمل على ثلاثة أموال عظام، وهى ثلاثة نصب من جنس ما سماه. (نت)

(٤) هو ثلاثة.

(٥) رجل مكثر كمحسن مرد مالدار. (من)

(٦) مدد كردن.

(٧) من ذوى الأرحام.

(٨) قوله: "بخلاف ما دونه [لأن من ملك ما دون النصاب لا يسمى مكثراً]" أى بخلاف ما دون النصاب فإن صاحبه مقل، ولذا لم يلزمه مؤاساة غيره. (نت)

(٩) يعنى من حيث التمييز لأن ما بعد العشرة التمييز بالمفرد.

(١٠) أى العشرة.

(١١) أى من حيث دلالة اللفظ عليه.

(١٢) لأن العمل بما دل عليه اللفظ، وأما مانع من الصرف إليه.

(١٣) أى العشرة.

(١٤) الثلاثة.

(١٥) الدرهم.

(١٦) قوله: "إلى الوزن المعتاد" أى بين الناس، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى ما هو غالب نقد البلد. (عينى)

عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد عشر[١].

ولو قال: كذا وكذا لم يصدق في أقل من أحد وعشرين؛ لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون، فيحمل كل وجه على نظيره[٢]، ولو قال: كذا درهماً[٣]، فهو درهم لأنه[٤] تفسير للمبهم[٥]، ولو ثلث كذا بغير واو[٦] فأحد عشر، لأنه لا نظير له سواه[٧]، وإن ثلث بالواو[٨] فمائة واحد وعشرون، وإن ربع[٩] يزاد[١٠] عليها ألف لأن[١١] ذلك[١٢] نظيره[١٣].

قال[١٤]: وإن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين؛ لأن على صيغة إيجاب، وقبلي ينبئ عن الضمان[١٥] على ما مر في الكفالة[١٦]، ولو قال المقر[١٧] هو وديعة، ووصل[١٨] صدق لأن اللفظ يحتمله مجازاً حيث يكون المضمون حفظه[١٩]، والمال

---

(١) قوله: "وأقل ذلك إلخ" والأكثر تسعة عشر، إلا أن الأقل يلزمه من غير بيان، والزيادة تتوقف على البيان. (مل)

(٢) من المفسر.

(٣) قوله: "ولو قال: كذا درهماً إلخ" هذه المسألة ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة القدوري، ولم يذكرها محمد في "الأصل". (نتائج)

(٤) أي قوله درهماً.

(٥) قوله: "تفسير للمبهم" أي تمييز للشيء المبهم، وهو كذا لأنه كناية عن العدد المبهم، وأقله المتيقّن واحد، فيحمل عليه. (نت)

(٦) بأن قال: كذا كذا درهماً.

(٧) قوله: "لأنه نظير له سواه" أي لا نظير للثلاثة بلا واو، وتقريره أن يحمل الواحد منها على التكرار ضرورة عدم ثلاثة أعداد يجمع بينها ذكراً بلا ذكر عاطف. (ع)

(٨) بأن قال: كذا وكذا وكذا درهماً.

(٩) بأن قال: كذا وكذا وكذا وكذا درهماً.

(١٠) فيكون ألف ومائة وأحد وعشرون.

(١١) تعليل لمجموع الصورتين.

(١٢) أي أقل ما هو نظير له.

(١٣) المبهم.

(١٤) أي محمد في "الأصل"، ولم يذكر محمد هذه المسألة في "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) قوله: "ينبئ عن الضمان" يقال: قبل فلان عن فلان، أي ضمن، وسمي الكفيل قبيلاً، لأنه ضامن للمال، وسمي الصك الذي هو حجة الدين قبالة. (ك)

(١٦) قوله: "على ما مر في الكفالة" أي في أوائل كتاب الكفالة، وهو قوله: وكذا إذا قال: أنا به زعيم وقبيل، لأن الزعم هي الكفالة، والقبيل هو الكفيل. (عيني)

(١٧) أي في قوله: علي أو قبلي. (نت)

(١٨) أي وصل قوله: علي أو قبلي بقوله: هو وديعة.

محله، فيصدق موصولا لا مفصولا.

قال[1]: وفي بعض نسخ "المختصر"[2] في قوله: قبلي إنه إقرار بالأمانة، لأن اللفظ ينتظمهما[3] حتى صار قوله: لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعًا، والأمانة أقلهما[4]، والأول[5] أصح[6].

ولو قال[7]: عندي، أو معي، أو في بيتي، أو في كيسي، أو في صندوقي، فهو إقرار بأمانة في يده، لأن كل ذلك[8] إقرار بكون الشيء في يده، وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة، فيثبت أقلهما[9].

ولو قال[10] له رجل: لي عليك ألف، فقال: اتزنها، أو انتقدها، أو أجلني بها، أو قد قضيتكها فهو إقرار؛ لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى، فكأنه قال: اتزن الألف التي لك علي، حتى لو لم يذكر حرف الكناية[11] لا يكون إقرارًا لعدم انصرافه إلى المذكور[12]، والتأجيل إنما يكون في حق واجب، والقضاء[13] يتلو الوجوب[14]، ودعوى الإبراء[15] كالقضاء لما بينا، وكذا

---

(١٩) قوله: "حيث يكون المضمون حفظه" أي حفظ المودع، فإن المودع ملتزم حفظ الوديعة والمال محله، أي محل الحفظ، فقد ذكر محل الحفظ وهو مال الوديعة، وأراد الحال، وهو حفظه، فجاز مجازاً، كما في قولهم: نهر جارٍ، ولكنه تغير عن وضعه، فيصدق موصولا لا مفصولا، لأنه صار بيان تغيير، وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا، كما في الاستثناء. (نتائج)

(١) قوله: "قال رضي الله عنه [أي المصنف] إلخ" كان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر أولا ما ذكره القدوري، ثم يذكر ما ذكر في "الأصل"، لأن الهداية شرح مسائل "الجامع الصغير" والقدوري، إلا أن المذكور في الأصل هو الأصح، لذا قدمه في الذكر. (عناية)

(٢) أي مختصر القدوري. (نت)

(٣) الأمانة والدين.

(٤) أي الأمانة والدين لعدم الضمان فيه.

(٥) قوله: "والأول" أي ما ذكر في "الأصل" هو الأصح لأن استعماله في الديون أغلب وأكثر، فكان الحمل عليه أجدر. (ك)

(٦) فيحمل قول المقر عليها لكون الأدنى هو المتيقن.

(٧) هذه كلها من مسائل "الأصل". (نت)

(٨) أي ما كان في يده. (نت)

(٩) أي الأمانة.

(١٠) هذا لفظ القدوري في "مختصره".

(١١) أي الهاء.

(١٢) في الدعوى.

(١٣) في قوله: قضيتكها.

دعوى الصدقة والهبة[١]، لأن التمليك يقتضى سابقة الوجوب، وكذا لو قال[٢]: أحلتك بها على فلان لأنه[٣] تحويل الدين[٤].

قال[٥]: ومن أقر بدين مؤجل، فصدقه المقر له فى الدين، وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا؛ لأنه أقر على نفسه بمال، وادعى حقًا[٦] لنفسه[٧] فيه[٨]، فصار كما إذا أقر[٩] بعبد فى يده[١٠]، وادعى الإجارة بخلاف[١١] الإقرار بالدراهم السود[١٢]، لأنه صفة[١٣] فيه، وقد مرت المسألة فى الكفالة[١٤].

قال[١٥]: ويستحلف المقر له على الأجل[١٦]؛ لأنه منكر حقًا عليه، واليمين على المنكر. وإن قال: له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم، ولو قال: مائة وثوب لزمه ثوب واحد، والمرجع فى تفسير المائة إليه[١٧]، وهو القياس[١٨] فى الأول[١٩]، وبه قال

---

(١٤) فيلزمه.

(١٥) قوله: "ودعوى الإبراء" أى قال: ابرأتنى منها كالقضاء، أى كدعوى القضاء لما بينا، إشارة إلى قوله: والقضاء يتلو الوجوب، يعنى أن الإبراء أيضًا يتلو الوجوب، لأن الإبراء إسقاط، وهذا إنما يكون فى مال واجب عليه. (نتائج)

(١) قوله: "وكذا دعوى إلخ" يعنى لو قال: تصدقت بها على، أو وهبتها لى كان ذلك إقرارًا، لأن الصدقة والهبة من قبيل التمليك، فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه، وذا لا يكون إلا بعد وجوب المال فى ذمته. (نتائج)

(٢) قوله: "وكذا لو قال" أى كان هذا القول منه إقرارًا. (نت)

(٣) حوالة.

(٤) من ذمة إلى ذمة.

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٦) أى التأجيل.

(٧) فلا يصدق.

(٨) أى المال.

(٩) بأنه ملك فلان.

(١٠) فلا يصدق فى دعوى الإجارة.

(١١) أى إذا أقر أن لفلان على دراهم لكنها سود يصدق.

(١٢) فيلزمه ما أقر به.

(١٣) قوله: "لأنه صفة" أى لأن السواد صفة أصلية فى الدراهم، لأن الدراهم لا تنطبع إلا بغش، والأجل فى الدين عارض لا يثبت بلا شرط، والقول لمنكر العارض. (عينى)

(١٤) أى فى باب الضمان منه ببيان الفرق. (ك)

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٦) أى على إنكار الأجل. (ع)

(١٧) أى المقر.

(١٨) فيلزمه درهم والمرجع فى تفسير المائة إلى المقر.

الشافعي ؛ لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة، لا تفسير لها[١]، فبقيت المائة على إبهامها، كما في الفصل الثاني[٢].

وجه الاستحسان: وهو الفرق[٣] أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد، واكتفوا بذكره[٤] عقيب العددين[٥]، وهذا[٦] فيما يكثر استعماله، وذلك[٧] عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه[٨]، وذلك في الدراهم[٩] والدنانير والمكيل والموزون، وأما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها، فبقي على الحقيقة[١٠]، وكذا[١١] إذا قال: مائة وثوبان، لما بينا[١٢]. بخلاف ما إذا قال: مائة وثلاثة أثواب، لأنه ذكر عددين مبهمين، وأعقبهما تفسيراً، إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف[١٣]، فانصرف إليهما[١٤] لاستواءهما في الحاجة إلي تفسير[١٥]، فكان كلها ثيابًا.

قال[١٦]: ومن أقر بتمر في قوصرة[١٧] لزمه التمر والقوصرة، وفسره[١٨] في

---

(١٩) أي في قوله: له علي مائة ودرهم.

(١) للتغاير.

(٢) أي قوله: له علي مائة ثوب.

(٣) بين الفصلين.

(٤) الدرهم.

(٥) قوله: "عقيب العددين" ألا ترى أنهم يقولون: أحد وعشرون درهمًا، يكتفون بذكر الدرهم مرةً، ويجعلون ذلك تفسيراً للكل. (عيني)

(٦) الاستثقال.

(٧) كثرة استعمال.

(٨) الوجوب.

(٩) قوله: "وذلك في الدراهم" أي ذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير، والمكيل والموزون، لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة، فيجوز الاستقراض بها، بخلاف غيرها، فإن الثوب لا يثبت في الذمة دينًا إلا سلمًا، والشاة لا تثبت دينًا في الذمة أصلا، فلم يكثر كثرتها. (ف)

(١٠) قوله: "فبقي على الحقيقة" أي على الأصل، وهو أن يكون بيان المجمل موقوفًا على المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة، وقد انعدمت. (عيني)

(١١) أي يرجع إلى المجمل في البيان للمائة.

(١٢) قوله: "لما بينا" من أن الثياب، وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها. (عيني)

(١٣) حتى تدل على المغايرة.

(١٤) عددين.

(١٥) قوله: "لاستواءهما في الحاجة إلخ" لا يقال: الأثواب جمع لا يصلح تمييزاً للمائة، لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحداً. (عيني)

(١٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

"الأصل"[1] بقوله: غصبت تمرًا في قوصرة، ووجهه[2] أن القوصرة وعاء وظرف له[3]، وغصب الشيء وهو[4] مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه[5]، وكذا الطعام في السفينة[6] والحنطة[7] في الجوالق[8]، بخلاف ما إذا قال: غصبت من قوصرة[9]، لأن كلمة "من" للانتزاع[10]، فيكون إقرارًا بغصب المنزوع.

قال[11]: ومن أقر بدابة[12] في إصطبل[13] لزمه الدابة خاصة[14]؛ لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب[15] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قياس قول محمد يضمنهما[16]، ومثله[17] الطعام في البيت.

---

(١٧) قوله: "قوصرة" القوصرة –بالتخفيف والتشديد– وعاء التمر يتخذ من قصب، وقولهم: إنما يسمى بذلك ما دام فيها التمر، وإلا يسمى زنبيل مبني على عرفهم، كذا في "المغرب". (ك)

قوصرة –بتشديد الراء وتخفيفها– زنبيل خرما. (صراح)

(١٨) محمد.

(١) أي المبسوط.

(٢) أي وجه لزوم التمر والقوصرة جميعًا.

(٣) أي التمر.

(٤) الواو حالية.

(٥) أي التمر والقوصرة.

(٦) قوله: "وكذا الطعام في السفينة" أي كذلك الحكم فيما إذا قال: غصبت الطعام في السفينة لأن السفينة ظرف له. (عيني)

(٧) أي قال: غصبت الحنطة في الجوالق.

(٨) قوله: "الجوالق" جوالق جوال [بضم أول: چيزى ها دران پر كرده خر ويا بونهند. غياث]، كذا في "الصراح"، وجوال ظرفي باشد از پشم بافتة كه چيز ها دران كنند ويك لنگ بار را نيز گويند، كذا في "البرهان".

(٩) فلا يلزم القوصرة.

(١٠) قوله: "لأن كلمة "من" إلخ" يعني أن كلمة من لابتداء الغاية، فيكون إقرارًا بأن مبدأ الغصب من القوصرة، وإنما يفهم منه الانتزاع. (نتائج)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٢) أي بغصب دابة.

(١٣) إصطبل: جاى باش ستور لغت شامي ست. (من)

(١٤) قوله: "لزمه الدابة إلخ" إنما قال: لزمه الدابة خاصة، ولم يقل: كان إقرارًا بالدابة خاصة، لما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعًا، إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الدابة خاصة. (نتائج)

(١٥) قوله: "غير مضمون إلخ" لأن الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما، والإصطبل مما لا ينقل ولا يحول، فلا يكون مضمونًا بالغصب عندهما. (نت)

(١٦) أي الدابة والإصطبل، لأن محمدا يرى غصب العقار. (نت)

(١٧) قوله: "ومثله" أي مثل إقرار الدابة في الإصطبل قوله: غصبت الطعام في البيت، فلا يلزمه إلا الطعام عندهما،

قال[١]: ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص ؛ لأن اسم الخاتم يشمل الكل[٢]، ومن أقر له بسيف فله النصل[٣] والجفن[٤] والحمائل[٥] ؛ لأن الاسم ينطوى على الكل، ومن أقر بحجلة[٦] فله العيدان[٧] والكسوة، لإطلاق الاسم على الكل عرفًا، وإن قال: غصبت ثوبًا فى منديل[٨] لزماه جميعًا ؛ لأنه[٩] ظرف، لأن الثوب يلف فيه، وكذا[١٠] لو قال: على ثوب فى ثوب لأنه ظرف، بخلاف قوله: درهم في درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف.

وإن قال: ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد[١١] عند أبى يوسف، وقال محمد: لزمه أحد عشر ثوبًا ؛ لأن النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب[١٢]، فأمكن حمله على الظرف. ولأبى يوسف أن حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضًا، قال الله تعالى: ﴿فادخلى فى عبادى﴾، أى بين عبادى فوقع الشك[١٣]، والأصل براءة الذمم[١٤] علا أن كل ثوب موعى[١٥]، وليس بوعاء[١٦]،

وعند محمد يلزمانه. (عينى)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٢) قوله: "يشمل الكل" ولذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسميته. (عينى)

(٣) قوله: "النصل إلخ" النصل حديدة السيف، والجفن الغمد، والحمائل جمع الحمالة -بكسر الحاء- هى علاقة السيف. (ك)

(٤) بالفتح: نيام شمشير. (من)

(٥) حمالة -بالكسر- دوال شمشير. (من)

(٦) قوله: "بحجلة" الحجلة -بفتحتين- واحد حجل العروس وهى بيت يزين بالثياب والأسرة والستور، كذا فى "الصحاح". (نتائج) حجلة: موضعى كه پردها آراسته كنند براى عروس بهندى جوپر كهٹ گويند. (غياث)

(٧) جمع عود وهو الخشب.

(٨) قوله: "فى منديل" بكسر ميم ودال مهمله وستار دوستارچه كه برميان بندند از كشف، ومؤيد ومنتخب، وبمعى رومال، وپارچه نادوخته نيز نوشته اند. (غياث)

(٩) منديل.

(١٠) أى يلزمه الثوبان.

(١١) وفى "الكافى" هو قول أبى حنيفة. (نت)

(١٢) قوله: "قد يلف إلخ" هو منقوض على أصله، فإنه لو قال: غصبت كرباسا فى عشرة أثواب حرير عند محمد يلزمه الكل فى هذه الصورة مع أن عشر حرير لا يجعل وعاء الكرباس عادة. (ك)

(١٣) قوله: "فوقع الشك إلخ" لأن كلمة فى لما استعملت فى معنى بين كما استعملت للظرف لم يلزمه الأثواب واحد لوقوع الشك فيما زاد عليه، فلا يجوز. (عينى)

(١٤) قوله: "فلا يجوز شغلها إلا بحجة.

(١٥) إيعاء: در وعاء نهادن چيزى را. (من)

فتعذر حمله على الظرف، فتعين الأول محملا[١].

ولو قال[٢]: لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة، لأن الضرب[٣] لا يكثر المال[٤]، وقال الحسن[٥]: يلزمه خمسة وعشرون، وقد ذكرناه في الطلاق[٦]. ولو قال: أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة، لأن اللفظ يحتمله، ولو قال: له على من درهم إلى عشرة، أو قال: ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة، فيلزمه الابتداء، وما بعده، وتسقط الغاية[٧].

وقالا: يلزمه العشرة كلها، فيدخل الغايتان[٨]، وقال زفر: يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان[٩]، ولو قال: له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما، وليس له[١٠] من الحائطين شيء، وقد مرت الدلائل في الطلاق[١١].

فصل[١٢]

قال[١٣]: ومن قال: لحمل فلانة على ألف درهم، فإن قال: أوصى له فلان، أو مات أبوه، فورثه فالإقرار صحيح؛ لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له.

---

(١٦) قوله: "وليس بوعاء" معناه أن الجميع ليس بوعاء الواحد بل كان كل واحد منها موعى بما حواه، والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان ظاهراً، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغواً. (عناية)

(١) أي كونه بمعنى البين.

(٢) هذا لفظ القدوري في "مختصره".

(٣) قوله: "لأن الضرب" أي لأن المقر به خمسة مضروبة والخمسة إذا ضربت بخمسة تكثر أجزاءها، لا أن عينها يكثر ويبلغ خمسة وعشرين. (مجمع الأنهر)

(٤) قوله: "لا يكثر المال" يعني أن الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في تكثير المال، وخمسة دراهم وزنا وإن جعل ألف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط. (نت)

(٥) أي ابن زياد.

(٦) قوله: "وقد ذكرناه في الطلاق" أي باب إيقاع الطلاق، ولم يذكر المصنف هذه المسألة صريحاً بل فهم ذلك عن الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال: أنت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب، فعندنا يقع ثنتان، وعنده يقع ثلاث. (نتائج)

(٧) هي العاشرة من العشرة.

(٨) أي الابتداء والانتهاء.

(٩) أي الابتداء والانتهاء.

(١٠) أي للمقر له.

(١١) أي في باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق. (نت)

(١٢) قوله: "فصل" لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة، وألحق بها مسألة الخيار اتباعاً للمبسوط. (ع)

(١٣) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

ثم إذا جاءت[١] به[٢] حيًا في مدة يعلم أنه كان قائمًا وقت الإقرار[٣] لزمه[٤]، وإن جاءت[٥] به[٦] ميتًا، فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته[٧]؛ لأنه إقرار في الحقيقة لهما[٨]، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل.

ولو جاءت[٩] بولدين حيين فالمال بينهما[١٠]، ولو قال المقر: باعنى[١١]، أو أقرضنى لم يلزمه شيء[١٢]؛ لأنه بين سببًا مستحيلا[١٣].

قال: فإن أبهم الإقرار[١٤] لم يصح عند أبى يوسف، وقال محمد: يصح؛ لأن الإقرار من الحجج، فيجب إعماله[١٥]، وقد أمكن[١٦] بالحمل على سبب الصالح[١٧]. ولأبى يوسف أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا

---

(١) الفلانة.

(٢) أى بالولد.

(٣) قوله: "يعلم أنه كان قائمًا إلخ" بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، وإن جاءت به لأكثر من سنتين وهى معتدة فكذلك، وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهى غير معتدة لم يلزمه. (عينى)

(٤) أى لزم المقر ما أقر به.

(٥) الفلانة.

(٦) أى بالولد.

(٧) أى ورثة الموصى أو المورث.

(٨) قوله: "لأنه إقرار فى الحقيقة لهما [أى للموصى والمورث]" إذ التركة مبقاة على ملك الميت ما لم يصرف إلى وارثه، أو إلى من أوصى له به. (ك)

(٩) الفلانة.

(١٠) قوله: "فالمال بينهما" أى بأن كانا ذكرين أو انثيين، وإن كان أحدهما ذكرا، والآخر أنثى ففى الوصية بينهما نصفان، وفى الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين. (عينى)

(١١) قوله: "باعنى" يعنى لو قال: لحمل فلانة على ألف من ثمن شيء باعنى، أو أقرضنى، أى لو قال: حمل فلانة أقرضنى ألف درهم. (عينى)

(١٢) قوله: "لم يلزمه شيء" فإن قيل: هذا يكون رجوعًا، وأنه لا يصح وإن كان موصولا، قلنا: لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل، فقد يشتبه على الجاهل، فيظن أن الجنين ثبت عليه الولاية كالمنفصل فى عامله، ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه، ويبين سببه، ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا، وكان كلامه هذا بيانًا لا رجوعًا، فلهذا كان مقبولا منه. (ك)

(١٣) فصار كلامه لغوًا.

(١٤) أى لم يبين سببه.

(١٥) قوله: "فيجب إعماله" إذ صدر من أهله مضافا إلى محله، ولا نزاع فى صدوره من أهله لأنه هو المفروض، وأمكن إضافته إلى محل لحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة. (ف)

(١٦) الإعمال.

(١٧) بأن قال: أوصى له فلان، أو مات أبوه فورثه.

حمل إقرار العبد المأذون، وأحد المتفاوضين[١] عليه[٢]، فيصير[٣] كما إذا صرح به[٤]. قال[٥]: ومن أقر بحمل جارية، أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه؛ لأن له وجهًا صحيحًا[٦]، وهو الوصية به[٧] من جهة غيره[٨]، فحمل عليه.

قال[٩]: ومن أقر بشرط الخيار[١٠] بطل الشرط؛ لأن الخيار للفسخ، والإخبار لا يحتمله[١١] ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة[١٢]، ولم ينعدم[١٣] بهذا الشرط الباطل.

باب الاستثناء[١٤] وما في معناه[١٥]

قال[١٦]: ومن استثنى متصلا بإقراره[١٧] صح الاستثناء، ولزمه الباقي؛ لأن

---

(١) قوله: "ولهذا حمل إقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين" على الإقرار بسبب التجارة، ولم يحمل على الإقرار بغير التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يؤاخذ العبد به في حال رقه، ويؤاخذ الشريك الآخر، وفي الإقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقه، والشريك الآخر أبدًا. (ك)

قوله: "المتفاوضين" المفاوضة أن يشترك متساويان تصرفًا ودينًا، ومالا وربحًا. (ملتقى الأبحر)

(٢) أي على الإقرار بسبب التجارة.

(٣) أي الإقرار المبهم.

(٤) أي بسبب التجارة.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٦) قوله: "لأن له وجهًا صحيحًا" بأن كانت الجارية لواحد أوصى بحملها لرجل ومات، والمقر وارثه، ورث الجارية عالما بوصية مورثه. (عناية)

(٧) قوله: "وهو الوصية به [الحمل] إلخ" بأن أوصى بالحمل مالك الجارية، ومالك الشاة لرجل ومات، فأقر وارثه، وهو عالم بوصية مورثه بأن هذا الحمل لفلان، وإذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه. (نتائج)

(٨) المقر.

(٩) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٠) قوله: "ومن أقر إلخ" صورته أنه أقر لرجل بدين من قرض أو غصب، أو وديعة مستهلكة، أو قائمة على أنه بالخيار في إبقاء الإقرار ثلاثة أيام، فالإقرار جائز، ويبطل الشرط. (عيني)

(١١) قوله: "لا يحتمله" لأن الخبر إن كان صادقا فهو واجب العمل اختاره أو لم يختره، وإن كان كاذبا فهو واجب الرد، ولا يتغير باختياره، وعدم اختياره، وإنما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد، ويتخير به من له الخيار بين فسخه وإمضاءه. (نتائج)

(١٢) أي قوله: علي ونحوه.

(١٣) اللزوم.

(١٤) قوله: "باب الاستثناء" لما ذكر موجب الإقرار بلامغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء، وما في معناه. (ع)

قوله: "الاستثناء" استفعال من الثنى، وهو الصرف، وهو متصل، وهو الإخراج والتكلم بالباقي، ومنفصل وهو مالا يصح إخراجه. (عيني)

(١٥) أي في كونه مغيرًا وهو الشرط. (ع)

(١٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

الاستثناء مع الجملة[١] عبارة عن الباقى[٢]، ولكن لا بد[٣] من الاتصال[٤]، وسواء استثنى[٥] الأقل[٦] أو الأكثر، فإن استثنى الجميع لزمه[٧] الإقرار وبطل الاستثناء[٨]؛ لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا، ولا حاصل بعده[٩]، فيكون[١٠] رجوعًا[١١]، وقد مر الوجه فى الطلاق[١٢].

ولو قال[١٣]: له على مائة درهم إلا ديناراً، أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، ولو قال: له على مائة درهم إلا ثوبًا لم يصح الإستثناء. وقال محمد: لا يصح فيهما، وقال الشافعى: يصح فيهما، لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل[١٤] تحت اللفظ[١٥]، وهذا لا يتحقق فى خلاف الجنس، وللشافعى أنهما[١٦] اتحدا جنسًا من حيث المالية.

---

(١٧) قوله: "متصلا بإقراره" أما اشتراط الاتصال فإنه قول عامة العلماء، ونقل عن ابن عباس رضى الله عنه جواز التأخير، وقد عرف ذلك فى الأصول. (ع)

(١) أى الصدر. (ع)

(٢) قوله: "عبارة إلخ" لأن معنى قوله: له على عشرة إلا درهمًا معنى قوله: له على تسعة. (ع)

(٣) لأنه بيان مغير، فيصح موصولا لا مفصولا. (ك)

(٤) أى اتصال الاستثناء بقوله: وإلا لا يصح.

(٥) قوله: "وسواء استثنى إلخ" وقال الفراء استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لا يتكلم بذلك، والدليل على جوازه قوله تعالى: ﴿قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه﴾. (ع)

(٦) قوله: "الأقل أو الأكثر" أى الأقل من الباقى، أو أكثر منه كما فى قوله: لفلان على ألف درهم إلا أربع مائة، ولفلان على ألف إلا ستمائة. (مل)

(٧) المقر.

(٨) قوله: "وبطل الاستثناء" هذا إذا استثنى بعين اللفظ الذى تكلم به فى صدر الكلام بأن قال: نسائى طوالق إلا نسائى، فإنه لا يصح الاستثناء، أما إذا قال: نسائى طوالق إلا هؤلاء، أو قال: إلا فلانة وفلانة وفلانة، فاستثنى الكل بأساميهن يصح الاستثناء، ولا يقع الطلاق عليهن، وهذا الفقه، وهو أن الاستثناء تصرف لفظى فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم. (ك)

(٩) أى بعد استثناء الكل عنه.

(١٠) أى استثناء الكل عن الكل.

(١١) عن إقراره، فلا يسمع.

(١٢) قوله: "فى الطلاق" أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق. (نتائج)

(١٣) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٤) المستثنى.

(١٥) أى الصدر.

(١٦) أى المستثنى والمستثنى منه.

ولهما أن المجانسة[١] في الأول[٢] ثابتة من حيث الثمنية[٣]، وهذا في الدينار ظاهر، والمكيل والموزون أوصافهما أثمان[٤]، أما الثوب فليس بثمن أصلا[٥]، ولهذا لا يجب[٦] بمطلق عقد المعاوضة[٧]، وما يكون ثمنًا صلح مقدرًا للدراهم، فصار[٨] بقدره مستثنى من الدراهم[٩]، وما لا يكون ثمنًا[١٠] لا يصلح مقدرًا، فبقي المستثني من الدراهم مجهولا فلا يصح[١١]. قال[١٢]: ومن أقر بحق[١٣] وقال: إن شاء الله متصلا بإقراره لا يلزمه الإقرار؛ لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق[١٤]،

---

(١) قوله: "المجانسة" يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف استحسنا وقالا: المقدرات جنس واحد وإن كانت أجناسا صورة، لأنها تثبت في الذمة ثمنًا، أما الدينار فظاهر، وكذا غيره، لأن الكيلي والوزني مبيع بأعيانهما، ثمن بأوصافهما، حتى لو عينا تعلق العقد بأعيانهما، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمها كحكم الدنانير، ولهذا يستوى الجيد والرديء فيهما، فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد. ومعنى الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة، أما الثوب فليس من جنس المقدرات معنى، لأنه لا يصلح ثمنًا، فلم يكن استثناءه استخراجًا لا صورة ولا معنى، فكان باطلا معنى، ولأن الثوب لا يجانس الدراهم لا صورةً ولا وجوبً في الذمة، فإن الثوب لا يجب في الذمة إلا في السلم، أو ما هو في معنى السلم، كالبيع بثياب موصوفة، والدراهم تجب مطلقًا، وهذا معنى قوله: لا يجب: طلق عقد المعاوضة، فلم يجز أن ينضم إلى إقراره ما لم يتضمنه إقراره، كذا في "الكافي" وغيره. (مولانا عبد الحليم)

(٢) قوله: " في الأول" أي في الوجه الأول، وهو قوله: له على مائة درهم إلا دينارًا، أو إلا قفيز حنطة. (نتائج)

(٣) لأنها تثبت في الذمة ثمنًا.

(٤) قوله: "أوصافهما أثمان" أي أنهما أثمان بأوصافهما، حتى لو عينا تعلق العقد بعينهما، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار، ولهذا يستوى الجيد والرديء فيهما، فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة، لأنه تكلم بالألف صورة.

والعدديات التي لا تتفاوت كالمقدرات في ذلك أما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى، لأنه لا يصلح ثمنًا، فلم يكن استثناءه استخراجًا صورةً ولا معنى، فكان باطلا، فإن قلت: إن فاتت المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية، فلم لا يصح الاستخراج باعتبارها.

قلت: الأثمان مقدرة لمالية الأشياء لأنها مقدرة، فيصلح أن تكون مقدرة للدراهم المستثناة، فكأنه ذكر المقدر، وترك المقدر لدلالة المقدر على المقدر، فكان استثناء الدراهم من الدراهم معنى، وما لا يصلح ثمنًا لا يكون من المقدرات، فلا يصلح مقدرا للدراهم المستثناة لافتقار المقدر إلى أن يكون مقدرًا، فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا، فلا يصح الاستثناء، لأنه استخراج معنى، ولم يصح الاستخراج معنى، فيبطل. (ك)

(٥) أي لا صورةً ولا معنًى أي وجوبًا.

(٦) يعني لا يجب بكل عقد بل يجب بعقد مخصوص، وهو السلم. (مير جان)

(٧) احتراز عن السلم. (ك)

(٨) فصار كأنه ذكر المستثنى والمستثنى منه بلفظ الدراهم. (كفاية)

(٩) فيكون تقديره: له على ألف إلا قدر قيمة المستثنى.

(١٠) لعدم المجانسة.

(١١) الاستثناء.

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٣) بأن قال: لفلان على مائة درهم إن شاء الله تعالى. (ع)

(١٤) قوله: "إما إبطال [أي للحكم قبل انعقاده. مير جان] أو تعليق"، وفي الجامع لقاضي خان، قال أبو يوسف:

فإن كان الأول[١] فقد أبطل، وإن كان الثانى[٢] فكذلك[٣]، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط[٤]، أو لأنه[٥] شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا فى الطلاق[٦]، بخلاف ما إذا قال: لفلان على مائة درهم إذا مت، أو إذا جاء رأس الشهر، أو إذا أفطر الناس؛ لأنه فى معنى بيان المدة[٧]، فيكون[٨] تأجيلا لا تعليقًا[٩]، حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالا.

قال[١٠]: ومن أقر بدار[١١]، واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء؛ لأن البناء داخل فى هذا الإقرار[١٢] معنًى[١٣] لا لفظًا، والاستثناء تصرف[١٤] فى الملفوظ، والفص فى الخاتم، والنخلة فى البستان نظير[١٥] البناء فى الدار؛ لأنه يدخل فيه[١٦]

التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال، وقال محمد: تعليق بشرط لا يوقف عليه، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال: إن شاء الله أنت طالق عند أبى يوسف لا يقع؛ لأنه إبطال، قال محمد: يقع؛ لأنه تعليق، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق، وبقى الطلاق من غير شرط. (ك)

(١) الإبطال.

(٢) أى التعليق.

(٣) أى أبطل.

(٤) قوله: "لا يحتمل إلخ" لأن الإقرار إخبار، والإخبار لا يحتمل التعليق بالشرط، لأنه إن كان صدقًا لا يصير كذبًا لفوات الشرط، وإن كان كذبًا لا يصير صدقا لوجود الشرط، وإنما يليق بالإيجاب لأنه يتبين به أنه ليس بإيقاع ما لم يوجد الشرط. (ك)

(٥) مشيئة الله.

(٦) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق. (نت)

(٧) قوله: "لأنه فى معنى بيان المدة" أى من حيث العرف، لأن هذه الأشياء تذكر فى العادة بيان محل الأجل، فاعتبر إقراراً بدين مؤجل. (ك)

(٨) قوله: "فيكون" أى ذكر هذه الأشياء منه تأجيلا، أى دعوى الأجل إلى الأوقات المذكورة. (نت)

(٩) بالشرط.

(١٠) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١١) بأن قال: هذه الدار لفلان إلا بناءها. (ع)

(١٢) قوله: "لأن البناء إلخ" أى البناء داخل فى لفظ الإقرار بالدار تبعًا لا مقصوداً باللفظ، والدليل على هذا فصل البيع فإن البناء فى بيع الدار يدخل تحت البيع تبعًا، حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى. (كفاية)

(١٣) قوله: "معنى" لأن اسم الدار لا يتناول البناء مقصوداً، لأن الدار اسم للعرصة، والبناء وصف فيه، والوصف يدخل تبعًا لا قصداً. (عينى)

(١٤) قوله: "تصرف" أى يجعل الاستثناء الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى، فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء. (عينى)

(١٥) يعنى كما لا يصح استثناء البناء لا يصح استثناء الفص والنخلة.

تبعًا لا لفظًا، بخلاف ما إذا قال: إلا ثلثها[١]، أو إلا بيتًا منها، لأنه[٢] داخل فيه لفظًا. ولو قال[٣]: بناء هذه الدار لي والعرصة[٤] لفلان، فهو[٥] كما قال؛ لأن العرصة عبارة عن البقعة[٦] دون البناء، فكأنه قال[٧]: بياض هذه الأرض لفلان دون البناء، بخلاف[٨] ما إذا قال: مكان العرصة أرضًا، حيث يكون البناء للمقر له، لإن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار.

ولو قال[٩]: له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه، ولم أقبضه، فإن ذكر عبدًا بعينه قيل للمقر له: إن شئت فسلم العبد[١٠]، وخذ الألف، وإلا فلا شيء لك. قال[١١]: هذا[١٢] على وجوه: أحدها: هذا، وهو أن يصدقه[١٣] ويسلم العبد[١٤]، وجوابه ما ذكرنا[١٥]، لأن الثابت بتصادقهما[١٦] كالثابت معاينة.

---

(١٦) أي في الصدر.

(١) قوله: "بخلاف ما إذا قال: إلا ثلثها [فيصح] إلخ" حيث يصح الاستثناء، ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار، وما عدا البيت لأن البيت في لفظ الدار دخل مقصوداً، حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصة من الثمن. (ك)

(٢) أي كل واحد من الثلث والبيت.

(٣) هذا لفظ القدوري في "مختصر". (نت)

(٤) قوله: "والعرصة" عرصة: كشادگی ميان سرای دران بنا نباشد. (من)

(٥) يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان.

(٦) قوله: "عن البقعة دون البناء" أي العرصة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء، فلما اعتبر في معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم. (نتائج)

(٧) قوله: "فكأنه قال إلخ" لأن ما تضمنه اللفظان أي العرصة والبياض من قصر الحكم السابق على مجرد الساحة منع دخول الوصف في ذلك الحكم بطريق التبعية، فلا يكون هو مقراً بالوصف، فلا يكون في قوله: وبناءها لي راجعاً عما أقر به، بخلاف ما إذا ذكر مكان العرصة أرضاً حيث يكون البناء للمقر له. (ك)

(٨) بأن قال: بناء هذه الدار لي والأرض لفلان.

(٩) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(١٠) قوله: "إن شئت فسلم إلخ" ليس المراد من إن شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه إذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع إلى المشتري بعد أن صح البيع وتم، بل المراد منه إن لزوم الألف على المقر مشروط بتسليمك العبد إليه، إن أردت الوصول إلى حقك فسلم العبد، ولا تضيعه. (نت)

(١١) أي المصنف.

(١٢) أي ما ذكر من المسألة. (نت)

(١٣) مقر.

(١٤) قوله: "ويسلم العبد" أقول: لفظ يسلم من سلمه له، أي جعله سالماً له، والمعنى ويجعل المقر له العبد سالماً له باعترافه بأنه عبدك لا عبدي، كذا في "نتائج الأفكار".

(١٥) هو أنه قيل للمقر له إلخ. (نت)

(١٦) المقر والمقر له.

والثاني: أن يقول المقر له: العبد[١] عبدك ما بعتكه، وإنما بعتك[٢] عبداً غير هذا، وفيه المال لازم على المقر[٣] لإقراره به[٤] عند سلامة العبد[٥] له، وقد سلم[٦]، فلا يبالي باختلاف السبب[٧] بعد حصول المقصود[٨].

والثالث: أن يقول[٩]: العبد عبدي ما بعتك، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء[١٠]، لأنه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد، فلا يلزمه[١١] دونه[١٢]. ولو قال[١٣] مع ذلك[١٤]: إنما بعتك غيره يتحالفان، لأن المقر يدعي[١٥] تسليم من عينه، والآخر ينكر، والمقر له يدعي عليه[١٦] الألف ببيع غيره[١٧]، والآخر ينكر، فإذا تحالفا بطل المال[١٨]، وهذا[١٩] إذا ذكر عبداً بعينه.

وإن قال: من ثمن عبد، ولم يعينه لزمه الألف، ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل؛ لأنه رجوع[٢٠]، فإنه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى

---

(١) أي هذا العبد.

(٢) وسلمته إليك. (ع)

(٣) ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقر، أو المقر له. (ع)

(٤) المال.

(٥) أي هذا العبد.

(٦) العبد له.

(٧) قوله: "فلا يبالي إلخ" بيانه أن المقر له ادعى وجوب الألف بسبب بيع الآخر، والمقر أقر بسبب شراء هذا العبد، فلا يبالي بالاختلاف بعد اتفاقهما على وجوب الثمن كما إذا أقر بألف من ثمن متاع، والمقر له يقول: إنه غصب أو قرض لا يبالي باختلاف السبب، كذا ههنا. (ك)

(٨) وهو سلامة العبد.

(٩) المقر له.

(١٠) قوله: "وحكمه أن لا يلزم إلخ" وفي هذا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر، أو يد المقر له، فإنه إذا كان في يد المقر يأخذ العبد. (عناية)

(١١) أي المقر.

(١٢) عبد.

(١٣) المقر له.

(١٤) أي مع قوله: العبد عبدي ما بعتك.

(١٥) على المقر له.

(١٦) مقر.

(١٧) عبد معين.

(١٨) والعبد سالم لمن في يده. (ك)

(١٩) أي المذكور.

كلمة على، وإنكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب[١] أصلا؛ لأن الجهالة[٢] مقارنة[٣] كانت أو طارئة بأن اشترى عبدًا ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع[٤]، فيمتنع وجوب نقد الثمن، وإذا كان كذلك[٥] كان رجوعًا، فلا يصح وإن[٦] كان موصولا.

وقال أبو يوسف ومحمد[٧]: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء[٨]، وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له[٩] أن يكون ذلك[١٠] من ثمن عبد.

وإن أقر أنه باعه[١١] متاعًا[١٢]، فالقول قول المقر، ووجه ذلك[١٣] أنه أقر بوجوب المال عليه[١٤]، وبين سببًا وهو البيع، فإن[١٥] وافقه الطالب[١٦] فى السبب وبه لا يتأكد

---

(٢٠) عن الإقرار.

(١) قوله: "ينافى الوجوب" لأن ثمن عبد غير معين لا يكون واجبًا على المشترى إلا بعد القبض، لأن ما لا يكون بعينه فهو فى حكم المستهلك لأنه لا طريق للوصول إليه، فإنه ما من عبد يحضره إلا وللمشترى أن يقول: المبيع غير هذا، وتسليم الثمن لا يجب إلا بإحضار المبيع، فعلم أنه فى حكم المستهلك، فكأنه أقر بالقبض، ثم يرجع. (ك)

(٢) أى جهالة المبيع.

(٣) كالجهالة حالة العقد. (ع)

(٤) لعدم القدورة على تسليم المجهول. (ع)

(٥) أى ينافى الوجوب.

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "وقال أبويوسف إلخ" حاصل مذهبهما أنه إن صدقه المقر له فى أن ذلك من ثمن عبد يصدق وصل أو فصل، وإن كذبه فى ذلك لم يصدق إلا إذا كان موصو لا، ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال؛ وبين له سببا، فإذا صدقه المقر له فى ذلك السبب يثبت السبب بتصادقهما، ثم المال بهذا السبب يكون واجبًا قبل القبض، ولكن إنما يتأكد بالقبض، والمقر ينكر، فجعلنا القول قوله فى إنكاره القبض. وإن كذب فى السبب كان هذا من المقر بيانًا مغيرًا لمقتضى أول الكلام لأن مقتضى أول كلامه أن يكون مطالبًا بالمال للحال، ولكن احتمل أن لا يكون مطالبًا به حتى يحضر العبد، وبيان التغيير يصح موصولا، ولا يصح مفصولا. (ك)

(٨) المقر.

(٩) أى صدقه فى الأصل، وكذبه فى الجهة. (ك)

(١٠) الألف.

(١١) قوله: "وإن أقر [أى المقر له، أى صدقه فى الأصل والجهة. ك] أنه باعه [المقر] إلخ" يعنى إن صدق المقر له المقر في الجهة بأن قال: إنه باعه متاعًا وهو العبد كما أقر له المقر، ولكن كذبه فى إنكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل أم فصل، وإنما عبر المصنف ههنا عن البيع بالمتاع حيث قال: وإن أقر أنه باعه متاعًا، وقد كان وضع المسألة فى العبد ليعلم أن الحكم فى المتاع مطلقًا هو الحكم فى العبد. (نت)

(١٢) أو عبدًا.

(١٣) أى وجه ما قاله: الإمامان. (نت)

(١٤) قوله: "أقر بوجوب إلخ" يعنى أن قوله: لفلان على ألف درهم إقرار بوجوب المال عليه، وقوله: من ثمن

الوجوب[١] إلا بالقبض، والمقر ينكره، فيكون القول قوله، وإن كذبه[٢] في السبب كان هذا[٣] من المقر بيانًا مغيرًا، لأن صدر كلامه للوجوب[٤] مطلقًا، وآخره[٥] يحتمل انتفاءه[٦] على اعتبار عدم القبض، والمغير يصح موصولا، لا مفصولا.

ولو[٧] قال[٨]: ابتعت منه عينًا إلا أني لم أقبضه فالقول قوله[٩] بالإجماع؛ لأنه ليس من ضرورة البيع القبض[١٠]، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن[١١].

قال[١٢]: وكذا لو قال: من ثمن خمر أو خنزير، ومعنى المسألة[١٣] إذا قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن الخمر أو الخنزير لزمه الألف، ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل؛ لأنه رجوع[١٤] لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبًا، وأول كلامه للوجوب[١٥]، وقالا: إذا وصل لا يلزمه شيء، لأنه[١٦] بين بآخر كلامه

متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب. (عيني)

(١٥) جزاءه محذوف، أي ثبت السبب.

(١٦) أي المقر له. (عيني)

(١) قوله: "وبه [أي بالبيع] لا يتأكد إلخ" أي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري، لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد، ولأنه ربما يهلك المبيع في يد البائع، فيسقط الثمن عن المشتري، لكنه يتأكد بالقبض، والمدعي الذي هو المقر له يدعي قبض المبيع، والمقر ينكره، فيكون القول قوله. (ع)

(٢) أي المقر له.

(٣) أي قوله من ثمن متاع اشتريته.

(٤) نظرًا إلى كلمة علي.

(٥) أي آخر كلامه.

(٦) الوجوب.

(٧) ذكره المصنف تفريعًا على مسألة القدوري. (نتائج)

(٨) المقر.

(٩) أي المقر لأن آخر كلامه ليس مغيرًا لأول كلامه، لأنه إلخ.

(١٠) قوله: "لأنه ليس من ضرورة البيع القبض [فإن الشراء بشرط الخيار لا يوجب الثمن عليه في الحال]" ولم يقر بوجوب الثمن لجواز أن يوجد البيع، ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن فإن من ضرورته القبض. (عناية)

(١١) فإن من ضرورته القبض.

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٣) إنما قال هذا بيانًا لاسم الإشارة في قوله: وكذا. (نت)

(١٤) عن الإقرار.

(١٥) نظرًا إلى كلمة علي.

(١٦) المقر.

أنه ما أراد به الإيجاب، وصار[1] كما إذا قال في آخره إن شاء الله، قلنا[2]: ذلك[3] تعليق[4] وهذا[5] إبطال[6].

ولو قال[7]: له علي ألف درهم من ثمن متاع، أو قال: أقرضني ألف درهم، ثم قال: هي زيوف[8] أو نبهرجة[9]، وقال المقر له: جياد لزمه الجياد[10] في قول أبي حنيفة. وقالا: إن قال[11] موصولا يصدق، وإن قال: مفصولا لا يصدق، وعلى هذا الخلاف إذا قال: هي ستوقة[12]، أو رصاص، وعلى هذا[13] إذا قال: إلا أنها زيوف[14]، وعلى هذا[15] إذا قال: لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع.

لهما: أنه بيان مغير، فيصح بشرط الوصل كالشرط[16] والاستثناء، وهذا[17]

---

(١) يعني إن وصل يصدق، وإن فصل لا يصدق.

(٢) قوله: "قلنا إلخ" جواب عن قياسهما على مسألة الاستثناء بالمشية، وفيه أن المصنف قال في المسألة الاستثنائية: بمشيئة الله أن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال، أو تعليق، وقد بينا هناك أن المذكور في بعض الكتب المعتبرة أن الأول مذهب أبي يوسف والثاني مذهب محمد، وفي بعضها أن الأمر بالعكس، فأيًا ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذلك إبطالا. ويمكن أن يجاب بأن الجواب المذكور ههنا من قبل أبي حنيفة رحمه الله يصير إلزاميًا بالنسبة إلى من قال من صاحبيه يكون الاستثناء بمشيئة الله تعالى تعليقًا وتحقيقًا بالنسبة إلى من قال منهما يكون ذلك إبطالا، ولا يجب أن يكون الجواب إلزاميًا بالنسبة إلى كل واحد منهما. (نت)

(٣) أي قول إن شاء الله.

(٤) قوله: "ذلك تعليق" أي قوله: إن شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه، والتعليق بالشرط من باب التغيير، فيصح موصولا لأن الإرسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين أهل اللسان، فكان ذلك من باب البيان، لا من باب الرجوع، ووجوب المال عليه من حكم إرسال الكلام، فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الإرسال، وهذا إبطال، والإبطال رجوع، والرجوع بعد الإقرار بوجوب المال لا يصح وصل أم فصل. (ك)

(٥) الذي نحن فيه.

(٦) والإبطال رجوع فلا يصح.

(٧) هذه المسألة من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(٨) قوله: "هي زيوف" [زيف درم خاسره. من] جمع زيف وهو الذي يقبله التجار ويرده بيت المال. (عيني)

(٩) هي دون الزيوف لأن التجار ترده.

(١٠) وصل أم فصل.

(١١) المقر.

(١٢) قوله: "إذا قال: هي ستوقة إلخ" فلا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل، وعندهما يصدق إن وصل. (عيني)
قوله: "ستوقة [هي أردأ من النبهرجه]" الستوق -بالفتح- أردأ من النبهرج، وعن الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفر، أو النحاس هو الغالب الأكثر. (مغرب)

(١٣) الخلاف.

(١٤) أي بكملة الاستثناء. (ع)

(١٥) الخلاف.

لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته[١]، والستوقة بمجازه[٢] إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد[٣]، فكان بيانًا مغيرًا من هذا الوجه[٤]، وصار كما إذا قال: إلا أنها[٥] وزن خمسة. ولأبي حنيفة أن هذا رجوع، لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب، والزيافة عيب، ودعوى العيب رجوع[٦] عن بعض[٧] موجبه[٨]، وصار كما إذا قال: بعتكه معيبًا، وقال المشترى: بعتنيه سليمًا، فالقول للمشترى لما بينا[٩]، والستوقة ليست من الأثمان[١٠]، والبيع يرد على الثمن، فكان[١١] رجوعًا[١٢]. وقوله[١٣]: إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء، لأنه مقدار[١٤]، بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز[١٥] كاستثناء البناء في الدار، بخلاف ما إذا قال:[١٦] على كر[١٧] حنطة من ثمن عبد[١٨]، إلا أنها رديئة، لأن الرداءة نوع لا

---

(١٦) وهو التعليق.

(١٧) أي كونه مغيرًا.

(١) قوله: "يحتمل الزيوف بحقيقته" لأنها من جنس الدراهم، حتى يحصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالا. (عيني)

(٢) لأن الستوقة تسمى دراهم مجازًا.

(٣) لأن بياعات الناس تكون بالجياد عادة.

(٤) فلذلك شرط الوصل.

(٥) قوله: "إلا أنها" أي كل عشرة منها وزن خمسة مثاقيل، أو ستة، ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولا، ولم يصدق إن كان مفصولا. (عيني)

(٦) فلا يصدق وإن وصل.

(٧) أي السلامة.

(٨) العقد.

(٩) قوله: "لما بينا" أشار به إلى قوله: مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب. (عيني)

(١٠) أي من جنس الأثمان. (ع)

(١١) أي دعواه للستوقة.

(١٢) أي عن الإقرار فلا يصح.

(١٣) جواب عما استشهدا به.

(١٤) قوله: "لأنه مقدار" يعني أن ذلك ليس مما نحن فيه، لأنه يصح أن يكون استثناء لأنه مقدار واستثناء بعض المقدار صحيح، لأن أول الكلام يتناول المقدار، فكان استثناء الملفوظ، وهو صحيح بلا ريب. (نتائج)

(١٥) قوله: "لأن استثناء الوصف إلخ" توضيحه أن الجودة صفة فلا يصح استثناء الوصف، لأن الصفة مما لا يتناوله اسم الدراهم حتى يستثنى، وإنما يثبت صفة الجودة في مطلق العقد بالعرف والعادة. (عيني)

(١٦) قوله: "بخلاف ما إذا قال إلخ" أي فإن قيل: قد يستثنى الوصف كما إذا قال: له على كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردية لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان تتعاقبان على موضوع واحد أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

عيب[١]، فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها[٢]، وعن أبى حنيفة فى غير رواية الأصول[٣] أنه يصدق فى الزيوف إذا وصل[٤]، لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض، وقد يكون زيفًا[٥] كما فى الغصب[٦].

ووجه الظاهر[٧] أن التعامل بالجياد، فانصرف مطلقه[٨] إليها[٩]، ولو قال: لفلان علي ألف درهم زيوف، ولم يذكر البيع والقرض، قيل: يصدق[١٠] بالإجماع، لأن اسم الدراهم[١١] يتناولها[١٢]، وقيل: لا يصدق[١٣] لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود[١٤] لتعينها مشروعة[١٥] لا إلى الاستهلاك المحرم[١٦].

---

(١٧) فإنه يصدق.

(١٨) قوله: "كر" الكر ستون قفيزًا والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. (مغرب)

(١) قوله: "لأن الرداءة نوع لا عيب" فإن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة، والحنطة قد تكون ردية فى أصل الخلقة فهو فى معنى بيان النوع، وليس لمطلق العقد مقتضى فى نوع دون نوع، ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو ردية. ألا ترى أنه لو قال: بعتك هذه الحنطة، وأشار إليها، والمشترى كان رآها فوجدها ردية، ولم يكن علمها لم يكن له خيار الرد بالعيب، ولو قال: بعتك بهذه الدراهم، وأشار إليها وهى زيوف ولم يعلم بها البائع استحق مثلها جيادا لا زيافة فيها، فعلم أن الزيافة عيب. (ك)

(٢) أى عن الرداءة.

(٣) أى ظاهر الرواية.

(٤) قوله: "أنه يصدق إلخ" يعنى فى القرض، كذا وقع فى "النهاية"، وقد وقع التصريح بهذا القيد فى بعض النسخ بأن قال: وعن أبى حنيفة فى غير رواية الأصول فى القرض أنه يصدق فى الزيوف إذا وصل يعنى إذا قال: لفلان على ألف درهم قرض زيوف يصدق عنده، فى غير رواية الأصول إذا وصل قوله: هى زيوف بقوله: ألف درهم قرض، أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان: هى زيوف لا يصدق باتفاق الروايات. (نتائج)

(٥) والقرض يقضى بالمثل.

(٦) فإنه قد يكون المغصوب زيفًا، فيقضى بالمثل.

(٧) أى ظاهر الرواية.

(٨) قوله: "فانصرف مطلقة [القرض]" فيجب الجياد عليه، ثم دعوى الزيافة لا تقبل لأنه رجوع عما أقر به. (عينى)

(٩) الجياد.

(١٠) يعنى إذا وصل. (نت)

(١١) ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياد. (ع)

(١٢) الزيوف.

(١٣) قوله: "وقيل لا يصدق [أى عند أبى حنيفة. ك]" قائل هذا القول هو الكرخى كما صرح به الإمام قاضى خان فى "شرح الجامع الصغير"، أى لا يصدق عند أبى حنيفة، وصل أم فصل، وأما عندهما فيصدق إذا وصل، ولا يصدق إذا فصل. (نتائج)

(١٤) قوله: "إلى العقود" أى إلى الالتزام بطريق التجارة لكونها مشروعة. (مل)

(١٥) فصار كما لو بين سبب التجارة. (ع)

ولو قال[١]: اغتصبت منه ألفًا، أو قال: أودعني، ثم قال: هي زيوف، أو نبهرجة صدق وصل أم فصل؛ لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك، فلا مقتضى له[٢] في الجياد ولا تعامل[٣]، فيكون[٤] بيان النوع، فيصح وإن فصل، ولهذا[٥] لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله[٦].

وعن أبي يوسف أنه لا يصدق[٧] فيه[٨] مفصولا اعتبارًا بالقرض إذ القبض فيهما[٩] هو الموجب للضمان، ولو قال[١٠]: هي ستوقة، أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة، ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق، لأن السوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازًا[١١]، فكان بيانًا مغيرًا، فلا بد من الوصل.

وإن قال[١٢] في هذا كله[١٣] ألفًا، ثم قال[١٤]: إلا أنه ينقص كذا لم يصدق، وإن وصل صدق؛ لأن هذا استثناء المقدار، والاستثناء يصح موصولا، بخلاف الزيافة، لأنها وصف، واستثناء الأوصاف لا يصح، واللفظ يتناول[١٥]

(١٦) هو الغصب المحرم.

(١) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(٢) قوله: "فلا مقتضى له [لأن المقتضى هو عقد المعاوضة، ولم يوجد. ك]" أي لواحد من الغصب والإيداع في الجياد، بخلاف البيع، فإن عقد المعاوضة يقتضيها، ولا تعامل أي لا تعامل في غصب الجياد، ولا في إيداعها، بخلاف القرض، فإن التعامل فيه بالجياد، فلا يكون قوله: هي زيوف بعد الإقرار بغصب الألف، أو إيداعها تغييرًا لأول كلامه. (نتائج)

(٣) قوله: "ولا تعامل" إشارة إلى الجواب عن فصل القرض، فإن في القرض إن لم يوجد المقتضى فقد وجد التعامل، والناس إنما يتعاملون بالجياد، فينصرف إلى الجياد، ولم يوجد التعامل ههنا، فلا ينصرف إلى الجياد. (ك)

(٤) أي قوله الآخر.

(٥) أي لأجل أن لا مقتضى له في الجياد.

(٦) فإن القول للقابض إذا وقع الاختلاف في وصف المقبوض.

(٧) قوله: "أنه لا يصدق إلخ" أي إذا قال: غصبت ألفًا، ثم قال: هي زيوف لم يصدق إذا فصل كما في القرض. (ك)

(٨) أي في الغصب إذا ادعى الزيافة.

(٩) قوله: "إذ القبض [وهو موجود في الغصب] فيهما [أي في الغصب والقرض. (نت)]" أي في الغصب والقرض لأن القرض على رواية الأصل مثل البيع وفي البيع لا يفصل، فكذا في القرض والغصب مثل القرض لأنه إنما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه أيضًا. (ك)

(١٠) هذه المسألة مما ذكره شراح "الجامع الصغير" تفريعًا على المسألة المارة. (نت)

(١١) قوله: "مجازًا" المشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة. (ك)

(١٢) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(١٣) قوله: "في هذا كله" أي في المذكور من البيع والقرض والغصب والإيداع. (نتائج)

(١٤) أي فصلا.

(١٥) قوله: "واللفظ يتناول" أي لفظ المستثنى منه يتناول المقدار، أي جزءه دون الوصف والاستثناء تصرف في

المقدار دون الوصف، وهو تصرف لفظى كما بينا[١]، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع[٢] نفسه[٣] فهو واصل[٤] لعدم إمكان الاحتراز عنه[٥].

ومن أقر[٦] بغصب ثوب، ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله؛ لأن الغصب لا يختص بالسليم، ومن قال لآخر[٧]: أخذت منك ألف درهم وديعة، فهلكت، فقال: لا، بل أخذتها غصبًا، فهو ضامن[٨]، وإن قال: أعطيتها وديعة، فقال: لا بل غصبتها لم يضمن[٩]. والفرق أن فى الفصل الأول أقر بسبب الضمان[١٠]، وهو الأخذ، ثم ادعى[١١] ما يبرئه[١٢]، وهو الإذن والآخر[١٣] ينكره، فيكون القول له مع اليمين. وفى الثانى أضاف[١٤] الفعل إلى غيره، وذلك[١٥] يدعى عليه[١٦] سبب الضمان وهو الغصب، فكان القول لمنكره[١٧] مع اليمين، والقبض[١٨] فى هذا[١٩]

اللفظ. (أعظمى)

(١) بقوله: والاستثناء تصرف بالملفوظ.

(٢) أو بسبب أخذا السعال. (ك)

(٣) نفس محركة دم. (من)

(٤) قوله: "فهو واصل" لأن الإنسان قد يحتاج إلى التكلم بكلام كثير، وقد يذكر الاستثناء فى آخره، ولا يمكن أن ينكلم بجميع ذلك بنفس واحد، فكان عفواً. (عناية)

(٥) أى عن هذا الانقطاع.

(٦) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (نت)

(٧) من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(٨) قوله: "فهو [أى المقر] ضامن" يعنى كان القول فى هذه المسألة قول المقر له مع يمينه، والمقر ضامن إلا أن ينكل المقر له عن اليمين. (نتائج الأفكار)

(٩) أى المقر بل كان القول قوله مع يمينه. (نت)

(١٠) قوله: "أقر [أى المقر] بسبب الضمان" وهو الأخذ ودلالة كون الأخذ سببا للضمان، قوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى يرد، وهذا يتناول رد العين حال بقاءها، ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائمًا مقام الأصل، وقوله: وديعة رجوع عما أقربه، لأنه دعوى الإبراء، فلا يصدق بدون البينة كدعوى المشترى بأجل الثمن بعد ما أقر به، والبائع يدعى معجلا. فإن قيل: ينبغى أن يصدق ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال: لفلان على ألف وديعة، قلنا: صدر الكلام هنا موجبه الغصب على ما ذكرنا فلايحتمل الوديعة، وبقوله: وديعة يكون دعوى مبتدأ لا بيان ما احتمله صدرالكلام، وأما قوله: لفلان على ألف يحتمل الوديعة، يعنى على حفظه، فيكون قوله: وديعة بيان تغيير، فيصدق موصولا. (ك)

(١١) المقر.

(١٢) لأنه لا بد للوديعة من الإذن.

(١٣) أى المقر له.

(١٤) المقر.

(١٥) الغير.

(١٦) المقر.

كالأخذ، والدفع[١] كالإعطاء.

فإن قال قائل: الإعطاء والدفع إليه[٢] لا يكون[٣] إلا بقبضه[٤]، فنقول: قد يكون[٥] بالتخلية[٦] والوضع بين يديه، ولو اقتضى[٧] ذلك[٨] فالمقتضى ثابت ضرورة، فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان[٩]، وهذا بخلاف ما إذا قال: أخذتها منك وديعةً، وقال الآخر: بل قرضًا، حيث يكون القول للمقر[١٠] وإن[١١] أقر بالأخذ، لأنهما[١٢] توفقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن[١٣] إلا أن المقر له يدعى سبب الضمان، وهو القرض، والآخر[١٤] ينكره فافترقا[١٥].

فإن قال[١٦]: هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه، فقال فلان: هي لي فإنه[١٧] يأخذها؛ لأنه[١٨] أقر باليد له[١٩]، وادعى[٢٠] استحقاقها عليه[٢١]

---

(١٧) أي المقر.

(١٨) أي قبضت مكان أخذت.

(١٩) أي في حق هذا الحكم.

(١) أي دفعت مكان أعطيت.

(٢) أي المقر.

(٣) فكان مقرًا بقبضه.

(٤) أي المقر.

(٥) الإعطاء أو الدفع. (ك)

(٦) بدون قبضه. (نت)

(٧) أي الإعطاء أو الدفع.

(٨) أي القبض.

(٩) قوله: "فلا يظهر [المقتضى] إلخ" لأن الثابت ضرورة عدم في غير موضوعها. (كفاية)

(١٠) لا للمقر له.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) أي المقر والمقر له.

(١٣) لأن الوديعة وكذا القرض لا يكون بدون الإذن.

(١٤) المقر.

(١٥) أي هذا وما سبق من أنه قال المقر له: لا، بل غصبتها.

(١٦) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(١٧) الفلان.

(١٨) أي المقر.

(١٩) أي الفلان.

(٢٠) أي المقر.

وهو[1] ينكر فالقول للمنكر[2]. ولو قال[3]: آجرت دابتى هذه فلانًا فركبها وردها، أو قال: آجرت ثوبى هذا فلانًا فلبسه ورده، وقال فلان: كذبت وهما[4] لى فالقول قوله[5]، وهذا عند أبى حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذى أخذ منه الدابة[6]، أو الثوب، وهو القياس، وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان[7].

ولو قال: خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته، وقال فلان: الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح[8]، وجه القياس ما بيناه فى الوديعة[9].

وجه الاستحسان: هو الفرق[10] أن اليد فى الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه، وهو المنافع، فيكون[11] عدمًا فيما وراء الضرورة، فلا يكون إقرارًا[12] له[13] باليد مطلقًا[14]، بخلاف الوديعة؛ لأن اليد فيها مقصودة، والإيداع إثبات اليد قصدًا، فيكون الإقرار به[15] اعتراف باليد للمودع.

ووجه آخر[16]: أن فى الإجارة والإعارة والإسكان أقر[17] بيد ثابتة من جهته[18]، فيكون القول قوله[19] فى كيفيته[20]، ولا كذلك فى مسألة الوديعة، لأنه[21]

---

(٢١) الفلان.

(١) الفلان.

(٢) أى بالإجماع. (ك)

(٣) هذا من شروح "الجامع الصغير".

(٤) الدابة والثوب.

(٥) أى المقر.

(٦) قوله: "القول قول الذى أخذ إلخ" هذا كله إذا لم يكن الدابة والثوب معروفًا أنه للمقر، أما لو كان الثوب معروفًا أنه للمقر، أو الدابة، أو الدار، فقال: قبضته فيه، فكان القول قول المقر فى قولهم، لأن الملك فيه معروف للمقر. (ك)

(٧) قوله: "الإعارة والإسكان" بأن قال: أعرتك دارى هذه ثم رددت على، أو أسكنتك دارى هذه، ثم رددت على، وقال الآخر: الدار دارى. (ك)

(٨) قوله: "فى الصحيح" احتراز عن قول بعضهم إن القول ههنا قول المقر بالإجماع. (عناية)

(٩) قوله: "ما بيناه فى الوديعة" أراد به قوله: لأنه أقر باليد له، وادعى استحقاقها عليه، وهو ينكره والقول للمنكر. (ع)

(١٠) بين الوديعة وبين هذه الصور.

(١١) اليد.

(١٢) إقرار بالإجارة، أو الإعارة.

(١٣) فلان.

(١٤) أى من كل وجه.

(١٥) الوديعة.

(١٦) للفرق بين الوديعة وهذه الصور.

(١٧) المقر.

(١٨) المقر.

قال فيها: كانت وديعة[١]، وقد تكون[٢] من غير صنعه[٣] حتى لو قال: أودعتها كان على هذا الخلاف[٤]، وليس مدار الفرق[٥] على ذكر الأخذ فى طرف الوديعة وعدمه فى الطرف الآخر، وهو الإجارة، واختارها[٦]؛ لأنه ذكر الأخذ[٧] فى وضع الطرف الآخر، وهو الإجارة فى كتاب الإقرار أيضًا.

وهذا[٨] بخلاف ما إذا قال: اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه، أو أقرضته ألفًا، ثم أخذتها منه، وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله؛ لأن الديون[٩] تقضى بأمثالها[١٠]، وذلك[١١] إنما يكون بقبض مضمون، فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان، ثم ادعى[١٢] تملكه[١٣] عليه بما يدعيه[١٤] عليه من الدين مقاصة، والآخر[١٥] ينكره، أما ههنا[١٦] المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة، وما أشبهها[١٧]،

---

(١٩) المقر.

(٢٠) قوله: "فى كيفيته" أى فى كيفية ثبوت اليد أنه بأى طريق كان. (عناية)

(٢١) المقر.

(١) فثبت أن الإقرار بالوديعة لا يدل على إثبات اليد له من قبله. (ك)

(٢) الوديعة.

(٣) قوله: "من غير صنعه" كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها، وكذا إذا هبت ريح وألقت ثوبًا فى دار إنسان. (عناية)

(٤) المذكور فى مسائل الإجارة والإعارة والإسكان. (نت)

(٥) قوله: "وليس مدار الفرق إلخ" إشارة إلى الرد على الإمام القمى فى ما ذكره أن الرد إنما وجب فى مسألة الوديعة لأنه قال فيها: أخذتها منه فيجب جزاءه، وجزاء الأخذ الرد، وقال فى الإجارة وأختيها أى العارية والإسكان: فردها على، فكان الافتراق فى الحكم للافتراق فى الوضع. (ع)

(٦) أى الإسكان والإعارة.

(٧) قوله: "لأنه ذكر إلخ" أى الإمام محمد ذكر فى كتاب الإقرار لفظ الأخذ فى الإجارة وأختيها أيضًا، وإنما الفرق الصحيح ما ذكر فى الكتاب. (عناية)

(٨) أى هذا الذى ذكر فى الإجارة وأختيها. (نت

(٩) قوله: "لأن الديون إلخ" فإذا أقر المقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين، وقبض مثل الدين إنما يكون بقبض مال مضمون، والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان. (ع)

(١٠) يعنى إذا قبض من المديون ألفًا يصير ضامنًا لأنه لم يأخذ حقه بل مثله فيضمن.

(١١) أى قضاء الديون بأمثالها.

(١٢) المقر.

(١٣) أى ما أقر بقبضه.

(١٤) المقر.

(١٥) المقر له.

فافترقا. ولو أقر[١] أن فلانًا زرع هذه الأرض، أو بنى هذه الدار، أو غرس هذا الكرم[٢]، وذلك كله في يد المقر، فادعاها فلان، وقال المقر: لا، بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت، أو فعلته بأجر، فالقول للمقر؛ لأنه ما أقر له باليد، وإنما أقر بمجرد فعل منه[٣]، وقد يكون ذلك[٤] في ملك في يد المقر، وصار كما إذا قال: خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم، ولم يقل[٥] قبضته منه لم يكن إقرارًا باليد، ويكون القول للمقر لأنه[٦] أقر بفعل منه[٧]، وقد يخيط ثوبًا في يد المقر[٨] كذا هذا.

باب إقرار المريض[٩]

وإذا أقر[١٠] الرجل في مرض موته بديون[١١]، وعليه ديون في صحته، وديون لزمته في مرضه[١٢] بأسباب معلومة[١٣]، فدين الصحة والدين المعروفة الأسباب مقدم[١٤]. وقال الشافعي: دين المرض[١٥] ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما[١٦]،

---

(١٦) أي في صورة الإجارة وأختيها. (نت)

(١٧) من الإعارة وغيرها.

(١) هذه من مسائل "المبسوط" ذكرها المصنف تفريعًا. (نت)

(٢) كرم -بفتح أول وسكون ثاني- درخت أنگور. (غياث)

(٣) قوله: "لأنه ما أقر له [الفلان] باليد، وإنما أقر بمجرد فعل منه" هذا احتراز عما إذا أقر الرجل أن فلانًا ساكن في هذا البيت، وادعى فلان البيت، فإنه يقضى به للساكن على المقر، لأن السكنى يثبت اليد للساكن على المسكن، وإقراره باليد للغير حجة عليه، وما ثبت بإقراره كالمعاين في حقه، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(٤) الفعل.

(٥) قيد حتى لو قال: ثم قبضته منه كان على الخلاف. (ك)

(٦) مقر.

(٧) خياط.

(٨) بأن خاط في بيت المقر. (ك)

(٩) قوله: "باب إقرار المريض" لما فرغ من بيان أحكام إقرار الصحيح وهو الأصل شرع في بيان أحكام إقرار المريض وهو العارض والفرع، لأن المرض بعد الصحة، وأفرده بباب على حدة للاختصاص بأحكام ليست هي للصحيح. (ن)

(١٠) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(١١) غير معلومة الأسباب.

(١٢) أي مرض موته. (نت)

(١٣) قوله: "بأسباب معلومة" كما إذا استقرض مالا في مرضه وعاين الشهود ودفع المقرض المال إليه أو اشترى شيئًا، وعاين الشهود قبض البيع، أو استأجر شيئًا بمعاينة الشهود، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، وعاين الشهود النكاح. (ك)

(١٤) على الديون المقر بها في المرض.

(١٥) سواء كان بسبب معلوم أو لا.

وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين[١]، ومحل الوجوب الذمة[٢] القابلة للحقوق[٣]، فصار كإنشاء التصرف[٤] مبايعة ومناكحة.

ولنا: أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير، وفى إقرار المريض ذلك، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء، ولهذا[٥] منع من التبرع[٦] والمحاباة[٧] إلا بقدر الثلث. بخلاف النكاح[٨] لأنه من الحوائج الأصلية[٩] وهو بمهر المثل[١٠]، وبخلاف المبايعة بمثل القيمة، لأن حق الغرماء تعلق بالمالية[١١] لا بالصورة[١٢]، وفى حال الصحة[١٣] لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على

---

(١٦) قوله: "لاستواء سببهما إلخ" أفاد هذا الدليل مساواة دين المرض بالإقرار للدين الثابت بالإقرار فى الصحة، فيلزمه منه مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضاً بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين، وبين هذا الدين كذا فى "نتائج الأفكار". (مل)

(١) قوله: "عن عقل ودين" وإنما تعرض لهذين الوصفين لأن العقل والدين يمنعان المرء عن الكذب فى أخباره والإقرار إخبار عن الواجب فى ذمته، فلا يكذب فى إقراره لوجود هذين الوصفين فى المقر، وفى هذا لا تفاوت بين أن يكون المقر صحيحاً، أو مريضاً بل المرض يزداد رجحان جانب الصدق لما أن المرض حالة التوبة والإنابة. (كفاية)

(٢) وهى فى الحالتين سواء.

(٣) وهى ذمة الحر العاقل البالغ. (ك)

(٤) أى فى المرض، فهو مساو لتصرفه فى الصحة.

(٥) قوله: "ولهذا إلخ" هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالأولوية وهو أن المريض لما تعلق بماله حق الوارث، ولا يعتبر تبرعه إلا من الثلث، فإذا منع من التبرع فيما إذا تعلق به حق الوارث: وهو أضعف الحقين، فلأن يمنع فيما إذا تعلق به حق الغريم، وهو أقوى أولى. (ك)

(٦) قوله: "منع [المريض] من التبرع" أى منع من التبرع والمحاباة أصلا إذا أحاطت الديون بماله، وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين وفى هذا جواب عما إذا ادعى الشافعى من الاستواء بين حالة الصحة والمرض، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة فى حال المرض، كما فى حال الصحة. فإن قيل: الإقرار بالوارث فى المرض صحيح، وقد تضمن إبطال حق بقية الورثة، أجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً، فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت بخلاف الدين فإنه يجب بالإقرار لا بالموت. (ع)

(٧) أى البيع بنقصان القيمة.

(٨) قوله: "بخلاف النكاح إلخ" جواب عما استشهد به الشافعى من إنشاء النكاح والمبايعة. (ع)

(٩) قوله: "لأنه من الحوائج الأصلية" فإن قيل لو تزوج وهو لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء أو جوارى، أو هو شيخ كبير لا يولد له عادة تزوج آيسة، قلنا: النكاح فى أصل الوضع من مصالح المعيشة، والعبرة لأصل الوضع لا للحال، فإن الحال مما لا يوقف عليه ليبنى الأمر عليها. (ك)

(١٠) قوله: "وهو مهر المثل" يجوز أن يكون حالا يعنى أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل، وأما الزيادة على ذلك فباطلة، والنكاح جائز، والمرء غير ممنوع من الحوائج الأصلية، وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية. (ع)

(١١) والمالية باقية.

(١٢) أى لا بمال معين مشخص.

الاكتساب[١]، فيتحقق التثمير، وهذه حالة العجز[٢]، وحالتا المرض[٣] حالة واحدة؛ لأنه[٤] حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض، لأن الأولى حالة إطلاق[٥]، وهذه حالة عجز[٦] فافترقا. وإنما تقدم المعروفة[٧] الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له[٨]، وذلك مثل بدل مال ملكه[٩] أو استهلكه، وعلم وجوبه بغير[١٠] إقراره[١١]، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا[١٢]. ولو أقر[١٣] بعين في يده لآخر[١٤] لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به، ولا يجوز[١٥] للمريض أن يقضي دين بعض

---

(١٣) قوله: "وفي حال الصحة إلخ" لما استشعر أن يقال: لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حال الصحة، لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالإجماع، أجاب عنه بقوله: وفي حال إلخ. (نت)

(١) فلم يحتج إلى تعليق حق الغرماء بماله.

(٢) قوله: "وهذه حالة [أي حالة المرض] العجز [فلا يتحقق التثمير، فيتعلق بالمال لا بالصورة]" يعني أن الإنسان لما مرض مرض الموت، وعجز عن الاكتساب فلو لم يتعلق حق الغريم بالمال، ولم ينتقل من الذمة إليه يتوى دينه، لأن المريض يتلف المال سريعًا، فيؤدي إلى إبطال حقه فيهم. (ك)

(٣) قوله: "وحالتا [أي أوله وآخره] المرض إلخ" أي وحالة أول المرض، وحالة آخر المرض وبعد أن يتصلها الموت حالة واحدة، وهذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال بأن يقال: لو كان تعلق الدين المقدم مانعًا عن الإقرار بدين آخر، ينبغي أن لا يصح إقرار المريض بالدين ثانيًا بعد ما أقر أولا في حال مرضه لتعلق حق المقر له الأول بماله، كما لا يصح إقراره في حال المرض إذا كان له غرماء الصحة لتعلق حق غرماء الصحة بماله، فأجاب عنه، وقال: ليس كذلك، لأن الإقرارين في حالة المرض بمنزلة إقرار واحد، لكون أحوال المرض بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر كما أن أحوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الإطلاق. (ك)

(٤) المرض.

(٥) أي حالة الإذن يعني في هذه الحالة إذن الشارع بالتصرف.

(٦) قوله: "وهذه حالة عجز" فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض، ولا يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره. (ع)

(٧) قوله: "وإنما تقدم إلخ" ثم لأن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض، وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب عليه، فقال: وإنما تقدم إلخ. (نت)

(٨) فيقدم على المقر به.

(٩) بالبيع والقرض.

(١٠) أي بمعاينة القاضي أو البينة.

(١١) معطوف على قوله: بدل إلخ من حيث المعنى.

(١٢) إشارة إلى قوله: لأنه لا تهمة في ثبوتها. (نت)

(١٣) ذكر المصنف هذه المسألة تفريعًا على مسألة القدوري.

(١٤) فالإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه. (نت)

(١٥) ذكر المصنف هذه المسألة تفريعًا على مسألة القدوري.

الغرماء[١] دون البعض، لأن في إيثار[٢] البعض إبطال حق الباقين[٣]، وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء[٤]، إلا[٥] إذا قضى ما استقرض في مرضه[٦]، أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه، وقد علم بالبينة[٧].

قال[٨]: وإذا قضيت يعني الديون[٩] المتقدمة، وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض؛ لأن الإقرار في ذاته صحيح[١٠]، وإنما رد في حق غرماء الصحة، فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته.

قال[١١]: فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره[١٢]؛ لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير، وكان المقر له أولى[١٣] من الورثة، لقول عمر رضي الله عنه[١٤]: "إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته"*، ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية[١٥]، وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ[١٦]، ولهذا يقدم

---

(١) غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين.

(٢) اختيار.

(٣) قوله: "إبطال حق الباقين إلخ" فلا يصح فإن فعل ذلك لا يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا. (عناية)

(٤) قوله: "غرماء الصحة والمرض في ذلك سواء" أراد من غرماء المرض ما يكون لهم الأسباب المعروفة لأن حق الكل في التعلق بماله على اعتبار الموت على السواء. (كفاية)

(٥) استثناء من قوله: ولا يجوز للمريض إلخ. (نت)

(٦) قوله: "إلا إذا قضى [في مرضه] ما استقرض إلخ" لأنه ليس فيه إبطال حق الغرماء لأنه حصل في يده مثل ما نقد، وحق الغرماء يتعلق بمعنى التركة لا بالصورة، فإذا حصل له مثله لا يعد تفويتاً، بخلاف ما لو قضى مهر امرأة تزوجها في المرض، أو أجرة دار استأجرها لم يسلم لهما ويشاركهما غرماء الصحة، لأن ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم، فكان تخصيصهما إبطالا لحق الغرماء، كذا في "المبسوط". (ك)

(٧) أو بمعاينة القاضي.

(٨) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) بنوعيها. (ع)

(١٠) أي محمول على الصدق في حقه حجة عليه. (ع)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٢) وإن كان بكل ماله. (نت)

(١٣) قوله: "وكان المقر له أولى" فإن قيل: الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه السلام: «والثلث كثير»، وذلك أقوى من قول عمر، أجيب بأن ذلك في الوصية وما في معناها، والإقرار للأجنبي ليس من ذلك. (ع)

(١٤) قلت: غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١١، وانظر الدراية ج٢ تحت الحديث في كتاب الإقرار إلخ ص١٨٠. (نعيم)

(١٥) لأن به رفع الحائل بينه وبين الجنة. (ع)

حاجته[١] في التكفين. قال[٢]: ولو أقر المريض[٣] لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه[٤] فيه بقية ورثته، وقال الشافعي في أحد قوليه: يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق[٥] فيه، وصار كالإقرار[٦] لأجنبي[٧]، وبوارث آخر[٨]، وبوديعة مستهلكة للوارث[٩]. ولنا قوله عليه السلام*: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين[١٠]»، ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه[١١]، ولهذا يمنع من التبرع[١٢] على الوارث أصلا، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين، ولأن حالة المرض[١٣] حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق[١٤] إلا أن هذا التعلق لم يظهر في

---

(١٦) عن الحاجة الأصلية.

(١) على حق الورثة.

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٣) بعين، أو دين.

(٤) فإن لهم أن يتركوا حقهم.

(٥) قوله: "لترجح جانب الصدق" إذ العقل يمنعه عن الإقدام على الكذب، وبالمرض يزداد الامتناع لكونه حالة الندم والإنابة. (ك)

(٦) بدين.

(٧) قد ذكرنا جوابه. (ع)

(٨) قوله: "وبوارث آخر [أى أقر أن فلانًا وارثه]" والجامع هو أن حق الباقين كما يبطل بتخصيص البعض بالإقرار بالدين، فكذلك يبطل حقهم بالإقرار بوارث آخر، وهو صحيح بالاتفاق، فينبغى أن يصح هذا الإقرار أيضًا، إذ كل واحد من الإقرارين إضرار بالوارث المعروف. (ك)

(٩) قوله: "وبوديعة مستهلكة [أى أقر باستهلاك وديعة كان ثبوتها معاينة. ك] إلخ" وجوابنا عن ذلك أنا لو لم نعتبر إقراره يصير مجهولا ويجب الضمان، فلايفيد رد الإقرار، ولأن تصرف المريض إنما رد للتهمة، ولا تهمة فى المعاينة. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١١، والدراية ج٢، الحديث٨٤٦ ص١٨٠. (نعيم)

(١٠) قلت: أخرجه الدار قطنى فى "سننه" فى كتاب الوصايا. (ت)

(١١) قوله: "ولأنه تعلق إلخ" فإن قيل: حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ عن حاجة، فإذا أقر بالدين لبعض الورثة ظهر حاجته، لأن العاقل لا يكذب على نفسه جزافا، وبالمرض يزداد جهة الصدق، لأن الباعث الشرعى ينضم إلى العقل، فيبعثه على الصدق. قلنا: الإقرار إيصال نفع إلى الوارث من حيث الظاهر، وفيه إبطال حق الباقين، ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله، وهو متهم فيه لجواز أنه أراد به الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية، فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة، بخلاف الأجنبى لأنه غير متهم فيه، لأنه يملك إيصال النفع بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء فى تحصيل المقصود به بإنشاء لا تتمكن التهمة فى إقراره، ألا ترى أن الوكيل يصح إقراره بالبيع قبل العزل لا بعده. (كفاية)

(١٢) بالوصية والهبة

(١٣) قوله: "ولأن حالة المرض إلخ" يعنى أن حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيها يورث شبهة تهمة تخصيصه، والقرابة تمنع عن ذلك لأنها سبب تعلق حق الأقرباء بالمال، وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص. (ع)

حق الأجنبي[١] لحاجته إلى المعاملة في الصحة، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه، وقلما يقع المعاملة مع الوارث[٢]، ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضًا[٣].

ثم هذا التعلق[٤] حق بقية الورثة، فإذا صدقوه فقد أبطلوه[٥] فيصح إقراره، وإن أقر لأجنبي[٦] جاز، وإن أحاط بماله لما بينا[٧]، والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث، لأن الشرع قصر تصرفه[٨] عليه، إلا أنا نقول[٩]: لما صح إقراره في الثلث[١٠] كان له التصرف في ثلث الباقي[١١]، لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل[١٢]. قال[١٣]: ومن أقر[١٤] لأجنبي، ثم قال: هو ابني ثبت نسبه منه، وبطل

---

(١٤) أي تعلق حق الأقرباء بماله.

(١) أي في حق الإقرار بالأجنبي فإنه يصح.

(٢) قوله: "وقلما يقع إلخ" دفع دخل هو أن الحاجة موجودة في حق الوارث أيضًا، لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث، فأجاب بقوله: وقلما يقع إلخ، فإن البيع للاسترباح، ولا استرباح مع الوارث، لأنه يستحيي من المماكسة معه، فلا يحصل الربح. (ع)

(٣) قوله: "لحاجته أيضًا" فإنه محتاج إلى إبقاء نسله، فلا ينحجر بحق الورثة كما لا ينحجر عن الانفاق لبقاء نفسه. (ك)

(٤) أي تعلق حق الورثة بماله.

(٥) الحق.

(٦) قوله: "وإن أقر لأجنبي إلخ" كانت المسألة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيدًا لذكر القياس والاستحسان. (نت)

(٧) من أن قضا الدين من الحوائج الأصلية.

(٨) المريض.

(٩) استحسانًا.

(١٠) لانتفاء التهمة عن إقراره في ذلك القدر لعدم تعلق حق الورثة به. (نت)

(١١) قوله: "كان له التصرف إلخ" فإن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض، فكل ما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده. (ع)

قوله: "كان له التصرف [أي بالإقرار]" نقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين، فإنها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المذكور فيها، لأن المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة، فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء، فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضًا ثم وثم إلى أن يأتي على الكل.

وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف لدين المريض، فلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية، وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا. (نتائج الأفكار)

(١٢) قوله: "حتى يأتي على الكل" وفيه أنه لا يأتي على الكل عندنا لأنا نقول بالجزء الذي لا يتجزأ، فينتهي القسمة إلى جزأين، إذ ليس لهما ثلث، وأما عند الفلاسفة فلا ينتهي القسمة إلى حد، لأن كل مقدار عندهم يقبل الانقسام لا إلى نهاية، قلت: هذه دقة فلسفية لا يقبلها العقول الصحيحة لظهور المراد، وهو أنه يأتي كل ما يعتد به، والجزءان اللذان لا يتجزيان بل كل مالا يقدر قسمته فعلا، فهو غير معتد به. (أعظمي)

(١٣) أي القدوري في "مختصره". (نت)

إقراره له، فإن أقر لأجنبية، ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها[١]، وجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق، فتبين أنه أقر لابنه، فلا يصح[٢]، ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان التزوج، فبقي إقراره لأجنبية.

قال[٣]: ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثًا، ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه؛ لأنهما[٤] متهمان فيه لقيام العدة[٥]، وباب الإقرار مسدود للورثة، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها، ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت[٦].

فصل[٧]

ومن[٨] أقر بغلام يولد مثله لمثله، وليس له نسب معروف أنه ابنه، وصدقه الغلام[٩] ثبت نسبه منه وإن[١٠] كان مريضًا؛ لأن النسب مما يلزمه خاصة[١١]، فيصح إقراره به، وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبًا في الظاهر، وشرط أن لا يكون له نسب معروف، لأنه[١٢] يمنع ثبوته[١٣] من غيره، وإنما شرط تصديقه لأنه في يد

---

(١٤) بعين أو بدين.

(١) قوله: "لم يبطل إقراره لها" قيد بالإقرار لأنه لو وهب لها هبة أو وأوصى لها بوصية، ثم تزوجها يبطل لأن ذا تمليك بعد الموت، وهي وارثة حينئذ. (ك)

(٢) هذا الإقرار.

(٣) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٤) الزوجين.

(٥) قوله: "لقيام العدة" أشار بهذا إلى أن وضع المسألة فيما إذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة، وأما إذا كان موته بعد انقضائها فإقراره لها جائز. (نت)

(٦) الأقل.

(٧) قوله: "فصل" أي في الإقرار بالنسب قدم الإقرار بالمال على الإقرار بالنسب لكثرة وقوع الأول، وقلة وقوع الثاني، ولا ريب في أن ما كثر الدوران أهم بالبيان، وإنما أفرد الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والأحكام كما ستظهر. (نت)

(٨) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) قوله: "وصدقه الغلام" أي فيما إذا كان يعبر عن نفسه، وأما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا قاطبة. (نت)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "مما يلزمه خاصة [ليس فيه تحميله على الغير]" قال الله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾، ولأن مؤنة الولد على الأب خاصة، فيكون إقراره به على نفسه، فيقبل من غير تصديق الأم. (ك)

(١٢) أي النسب المعروف.

(١٣) نسب.

نفسه، إذ المسألة وضعها في غلام يعبر عن نفسه، بخلاف الصغير[١] على ما مر من قبل[٢]. ولا يمتنع[٣] بالمرض، لأن النسب من الحوائج الأصلية، ويشارك[٤] الورثة في الميراث، لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف، فيشارك ورثته.

قال[٥]: ويجوز[٦] إقرار الرجل بالوالدين والولد[٧] والزوجة[٨] والمولى[٩]؛ لأنه أقر بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على الغير، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى[١٠]؛ لما بينا[١١]. ولا يقبل[١٢] بالولد، لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج؛ لأن النسب منه[١٣] إلا أن يصدقها الزوج، لأن الحق له، أو تشهد بولادته قابلة[١٤]، لأن قول القابلة في هذا مقبول، وقد مر في الطلاق[١٥]، وقد ذكرنا[١٦] في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى. ولا بد من تصديق هؤلاء[١٧]، ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر، لأن النسب يبقى بعد الموت،

---

(١) الذي لا يعبر عن نفسه.

(٢) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى. (نت)

(٣) ثبوت النسب.

(٤) هذا من تتمة كلام القدوري.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٦) في الصحة أو في المرض.

(٧) قوله: "بالوالدين والولد إلخ" أي إذا صدقوه لا الولد إذا كان صغيراً في يده. (ك)

(٨) بشر خلوها عن زوج آخر وعدته.

(٩) يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل. (ع)

(١٠) قوله: "إقرار المرأة بالوالدين إلخ" لا مانع من صحة إقرارها بالوالدة إذ ليس فيها إلزام النسب على الغير، فيصح لكن الكلام في تصديقها، فإنه يصح في حال هو ما إذا لم تكن ذات زوج، ولا يصح في حال، وهو ما إذا كان لها زوج، فثبت أن إقرار المرأة بالوالدين يصح مطلقاً، وتصديقها لابنته يصح في حال دون حال، ومثل هذا لا يعد تناقضاً. (ك)

(١١) من أنه أقر بما يلزمه.

(١٢) إقرار المرأة.

(١٣) قال الله تعالى: ﴿ادعوهم لآباءهم﴾. (ع)

(١٤) قوله: "أو تشهد بولادته قابلة" إذ الفرض أن الفراش قائم، فيحتاج إلى تعيين الولد، وشهادتها في ذلك مقبولة. (ع)

(١٥) قوله: "وقد مر في الطلاق" لأن سبب ثبوت النسب من الرجل خفي وهو الوطئ، ولا يقف عليه غيره، فيقبل منه مجرد قوله، وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة، ويمكن أن يقف عليها غيرها وهي القابلة، فلم يكن مجرد قولها فيه حجة. (ك)

(١٦) قوله: "وقد ذكرنا [أي في باب دعوى النسب]" وهو أنها إذا كانت ذات زوج لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة، ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة، وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة، قالوا: يثبت النسب منها بقولها. (ك)

(١٧) قوله: "ولا بد من تصديق هؤلاء [المقر لهم المذكورين. نت]" لأنهم في أيدي أنفسهم، فيتوقف نفاذ التصرف وهو الإقرار على تصديقهم. (كافي)

وكذا يصح تصديق الزوجة[١]؛ لأن حكم النكاح باقٍ[٢]، وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها[٣]، لأن الإرث[٤] من أحكامه، وعند أبي حنيفة لا يصح[٥]، لأن النكاح انقطع بالموت، ولهذا لا يحل له غسلها[٦] عندنا، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار[٧]، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار[٨]. قال[٩]: ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد، نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب؛ لأن فيه حمل النسب على الغير، فإن كان له[١٠] وارث معروف قريب[١١]، أو بعيد[١٢]، فهو أولى بالميراث من المقر له، لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف، وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه، لأن له ولاية التصرف[١٣] في مال نفسه عند عدم الوارث[١٤]. ألا ترى أن له[١٥] أن يوصى بجميعه[١٦] عند عدم الوارث، فيستحق جميع المال، وإن لم يثبت نسبه منه[١٧]، لما فيه

(١) أي بالزوجية بعد موت الزوج المقر. (ع)

(٢) قوله: "لأن حكم النكاح باق" وهو العدة فإنها واجبة الثبوت بعد الموت، وهي من آثار النكاح، ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح. (ع)

(٣) الزوجة أي عند أبي يوسف ومحمد. (نت)

(٤) وهو مما يبقى بعد الموت. (نت)

(٥) أي تصديق الزوج بعد موتها.

(٦) بعد موتها. (نت)

(٧) قوله: "لأنه معدوم إلخ" لقائل أن يعارض فيقول: لا يصح التصديق على اعتبار العدة، لأنها معدومة حالة الإقرار، وإنما تثبت بعد الموت، والتصديق يستند إلى أول الإقرار.
ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع، فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائمًا باعتبارها، فكذا المقر به، وأما الإرث فليس بلازم له لجواز أن يكون المرأة كتابية، فلم يعتبر قائمًا باعتباره. (ع)

(٨) قوله: "يستند إلى أول الإقرار" والإرث معدوم في تلك الحالة، فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الإرث المعدوم. (نت)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٠) المقر.

(١١) كذوي الفروض والعصبات مطلقًا. (ع)

(١٢) قوله: "بعيد [كذوي الأرحام]" نحو أن يقر بأخ ولد عمة أو خالة، فالإرث لهما دونه، لأنه لا يملك إبطال حقهما في الإرث بصرفه إلى الغير. (كفاية)

(١٣) قوله: "لأن له [أي المقر] ولاية التصرف" يعني أن المقر أقر بشيأين بالنسب، وباستحقاق ماله بعده، والأول إقراره على غيره، وهو غير مسموع، والثاني على نفسه وهو مسموع. (ع)

(١٤) والغريم. (ع)

(١٥) أي المقر.

(١٦) أي المال.

(١٧) أي المقر.

من حمل النسب على الغير، وليست هذه[١] وصية حقيقة حتى إن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال، ولو كان الأول وصية لاشتركا[٢] نصفين لكنه[٣] بمنزلته[٤] حتى لو أقر فى مرضه بأخ، وصدقه المقر له، ثم أنكر المقر قرابته، ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له، ولو لم يوص لأحد[٥] كان[٦] لبيت المال، لأن رجوعه صحيح[٧]، لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار. قال[٨]: ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه؛ لما بينا[٩]، ويشاركه فى الميراث؛ لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير، ولا ولاية له عليه، والاشتراك فى المال، وله فيه ولاية، فيثبت[١٠] كالمشترى إذا أقر على البائع بالعتق[١١] لم يقبل إقراره[١٢] عليه[١٣]، حتى لا يرجع[١٤] عليه[١٥] بالثمن، ولكنه[١٦] يقبل في حق العتق. قال[١٧]: ومن مات وترك ابنين، وله على آخر مائة درهم، فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شىء للمقر، وللآخر خمسون[١٨]؛ لأن هذا إقرار بالدين على الميت[١٩]، لأن الاستيفاء[٢٠] إنما يكون بقبض مضمون[٢١]، فإذا كذبه أخوه

---

(١) أى هذه الصورة يعنى الإقرار المذكور. (نت)

(٢) أى الأخ والموصى له.

(٣) الإقرار المذكور.

(٤) الوصية.

(٥) بعد الإنكار.

(٦) المال.

(٧) بمنزلة الرجوع عن الوصية. (كافى)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٩) من أن فيه حمل النسب على الغير.

(١٠) الاشتراك فى المال.

(١١) أى بعتق ما اشتراه من ذلك البائع. (نت)

(١٢) قوله: "لم يقبل إقراره" فى حق الرجوع بالثمن على البائع، حتى لا يرجع عليه بالثمن، لكونه إقراراً على الغير فى حق الرجوع بالثمن، ولكن يقبل إقراره فى حق العتق حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه إقراراً على نفسه فى حق ذلك. (نت)

(١٣) المشترى.

(١٤) المشترى.

(١٥) البائع.

(١٦) أى إقرار المشترى.

(١٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٨) قوله: "وللآخر خمسون" بناء على ما ذكرناه من الإقرار على نفسه وعلى غيره، وهو الأخ والميت، فيصح على نفسه، ولا يصح عليهما، ويحلف الأخ بالله ما نعلم أن أباه قبض منه الخمسين، ويقبض الخمسين من الغريم. (ع)

استغرق الدين نصيبه[(١)]، كما هو المذهب عندنا[(٢)]، غاية الأمر[(٣)] أنهما[(٤)] تصادقا على كون[(٥)] المقبوض مشتركًا بينهما، لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم، ورجع الغريم على المقر، فيؤدى إلى الدور.

كتاب الصلح[(٦)]

قال[(٧)]: الصلح على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار، وصلح مع سكوت، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر[(٨)]، وصلح مع إنكار، وكل ذلك جائز لإطلاق

---

(١٩) أي الأب.

(٢٠) قوله: "لأن الاستيفاء" أي استيفاء الدين بقبض مضمون لما مر أن الديون تقضى بأمثالها، فيجب للمديون على صاحب الدين مثل مالصاحب الدين عليه، فيلتقيان قصاصًا. (نت)

(٢١) أي بقبض عين مضمون حتى يصير دينًا فيقاصان؛ لأن الديون تقضى بأمثالها. (ك)

(١) فإن إقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة. (نت)

(٢) قوله: "كما هو [من أنه إذا أقر بالدين على مورثه يقع على نصيبه فقط] المذهب عندنا" خلافًا للشافعي، فعنده يشيم في النصفين. (ك)

(٣) قوله: "غاية الأمر إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: أن جميع الدين كان مشتركًا بينهما، فكذلك كل جزء من أجزاءه يكون مشتركًا بينهما، فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من أجزاءه، والابن المقر وإن زعم أن بعض أجزاءه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك، فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض، فينبغي أن يكون ذلك بينهما نصفين، ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه.

فأجاب بأنهما وإن تصادقا على كون المقبوض مشتركًا بينهما لكن المقر لا يرجع على القابض بشيء، إذ لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم بقدر ذلك على زعمه أن أباه لم يقبض شيئًا من الغريم، وله تمام الخمسين بسبب سابق ويرجع الغريم أيضًا على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر، وبقاءه دينًا على الميت بموجب إقراره، والدين مقدم على الإرث، فيؤدى إلى الدور. (نت)

(٤) أي المقر والمنكر.

(٥) على كون" أي على كون الخمسين التي يقبضها غير المقر مشتركًا بينهما، أما غير المقر فإنه يقول: الكل مشترك فيكون مقرًا بكون ما قبضه مشتركًا، وأما المقر فإنه يزعم أن الدين بهذا المقدار وهو مشترك. (ك)

(٦) قوله: "كتاب الصلح" وجه المناسبة في إيراده بعد الإقرار أن إنكار المقر سبب للخصومة، وهي تستدعي الصلح، وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه، وشرطه العقل لا البلوغ والحرية، وكون المصالح عنه حقًا يجوز الاعتياض عنه، ولو كان غير مال كالقصاص. (مج)

قوله: "الصلح" ركنه: الإيجاب والقبول، وشرطه: أن يكون البدل، أي المصالح عليه مالا معلومًا إن احتيج إلى قبضه، وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي. (ك)

قوله: "الصلح" هو اسم بمعنى المصالحة، وهو خلاف المخاصمة، وأصله من الصلاح، وهو استقامة الحال، وفي الشريعة: عبارة عن عقد يرفع النزاع. (ك)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "وهو أن لا يقر إلخ" إيماء إلى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت، لأن معنى مطلق السكوت هو أن لا يتكلم أصلا. (نت)

قوله تعالى[(١)]: ﴿والصلح خير[(٢)]﴾، ولقوله عليه السلام[(٣)]: «كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالا»*.

وقال الشافعي: لا يجوز[(٤)] مع إنكار وسكوت لما روينا[(٥)]، وهذا[(٦)] بهذه الصفة لأن البدل[(٧)] كان حلالا على الدافع حرامًا على الآخذ[(٨)]، فينقلب الأمر[(٩)]، ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه، وهذه رشوة[(١٠)].

ولنا: ما تلونا[(١١)]، وأول ما روينا[(١٢)]، وتأويل آخره[(١٣)]: أحل حرامًا لعينه كالخمر[(١٤)]، أو حرم حلالا لعينه كالصلح[(١٥)] على أن لا يطأ الضرة[(١٦)]، ولأن هذا[(١٧)]

---

(١) وهذا وإن نزل في صلح الزوجين لكن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.

(٢) قوله: "والصلح خير" عرفه بالألف واللام، فيقتضي أن يكون كل صلح خيراً، وكل خير مشروع. (ك)

(٣) قوله: "ولقوله عليه السلام إلخ" وقلت: روى من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه أبو داود في القضاء. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٢، والدراية ج٢، الحديث٨٤٧ ص١٨٠. (نعيم)

(٤) أي الصلح.

(٥) قوله: "لما روينا" قلت: كان الأظهر أن يقول: لآخر ما روينا، لأن أوله حجة عليه. (نت)

(٦) أي الصلح مع إنكار أو سكوت.

(٧) أي بدل الصلح.

(٨) قوله: "حرامًا على الآخذ" لأن المدعى عليه منكر ولم يثبت حق المدعى بالبينة، فيكون عليه حرامًا. (مل)

(٩) قوله: "فينقلب الأمر" فيكون حرامًا على الدافع، وحلالا على الآخذ، أو نقول: إن المدعى إن كان محقًا كان أخذ المدعى حلالا قبل الصلح، وحرم عليه بالصلح، وإن كان مبطلا كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حرامًا عليه قبل الصلح، وحل له بالصلح، فصار صلحًا أحل حرامًا، وحرم حلالا. (تبيين)

(١٠) أي كأنه رشوة، وهي حرام.

(١١) من الآية.

(١٢) قوله: "وأول ما روينا [من الحديث]" أقول: هذا ليس بصحيح لأن آخر الحديث مستثنى من أوله، وقد تقرر في علم أصول الفقه أن ليس لأول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره، بل لا يتم المعنى إلا بمجموع المستثنى والمستثنى منه، ويمكن أن يوجه بأن قوله: وتأويل آخره أحل حرامًا إلخ متصل من حيث المعنى بقوله: وأول ما روينا، فحاصل الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخر فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل. (نت)

(١٣) قوله: "وتأويل آخره [أي آخر الحديث وهو قوله: إلا صلحًا أحل إلخ] أحل حرامًا لعينه إلخ" حمله على هذا أحق، لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، وما ذكره الشافعي غير متحمل، إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك، فإن الصلح يقع على بعض الحق عادة، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح، وحرم بالصلح، وكان حرامًا على المدعى عليه منعه قبل الصلح، وقد حل بالصلح. (نت)

(١٤) والخنزير.

(١٥) بامرأته.

(١٦) دو زن يک مرد هر يکى ازان ضره است مرد ديگرى را. (من)

صلح بعد دعوى صحيحة[1]، فيقضى بجوازه، لأن المدعى يأخذه عوضًا عن حقه فى زعمه، وهذا مشروع، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهذا مشروع أيضًا إذ المال وقاية الأنفس[2]، ودفع الرشوة لدفع الظلم[3] أمر جائز[4].

قال[5]: وإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات[6] إن وقع عن مال[7] بمال؛ لوجود معنى البيع، وهو مبادلة المال بالمال فى حق المتعاقدين بتراضيهما، فيجرى فيه الشفعة إذا كان عقارًا[8]، ويرد بالعيب، ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية، ويفسده جهالة البدل[9]، لأنها هى المفضية إلى المنازعة[10] دون جهالة المصالح عنه[11]، لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل[12].

وإن وقع عن مال بمنافع[13] يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة، وهو تمليك المنافع بمال، والاعتبار فى العقود لمعانيها[14]، فيشترط التوقيت[15] فيها، ويبطل

---

(١٧) أى الصلح عن إنكار أو سكوت.

(١) ولهذا يستحلف المدعى عليه.

(٢) وقاية هرچه بدان چيزى را نگاه دارند، وپناه دهند. (من)

(٣) وإنما حرم الرشوة لو دفع ليظلم غيره. (ك)

(٤) لأن المال خلق لصيانة الأنفس. (عينى)

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٦) قوله: "فى البياعات" الكلام على حذف المضاف، أى فى بيع البياعات، والبياعة -بالكسر- متاع وكالاى فروختنى، كذا فى "منتهى الأرب".

(٧) أى عن دعوى مال.

(٨) أى ما أعطاه المدعى عليه.

(٩) أى المصالح عليه الذى يعطيه المدعى عليه.

(١٠) قوله: "لأنها [أى الجهالة] هى المفضية إلخ" لأنه يحتاج إلى قبضه، فلا بد من إعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة بينهما، فلهذا لا يثبت الحيوان فيه دينًا فى الذمة، ولا يثبت الثياب فيه دينًا فى الذمة إلا موصوفًا مؤجلا كما فى السلم. (ك)

(١١) قوله: "دون الجهالة المصالح عنه" كما يقول السفير بين المتخاصمين: كل دعوى لك على فلان صالحته على هذا المقدار. (عينى)

(١٢) قوله: "ويشترط القدرة إلخ" حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح، كذا فى "النهاية". (ك)

(١٣) قوله: "بمنافع" أى إذا كان البدل المنافع بأن كان على رجل عشرة دراهم، فصالح من ذلك على منفعة الدار سنة، أو ركوب الدابة سنة ونحو ذلك (مل)

(١٤) قوله: "والاعتبار فى العقود لمعانيها" ولهذا كان البيع بالتعاطى صحيحًا، و كان الهبة بشرط العوض بيعًا، وكانت الحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة. (عينى)

(١٥) قوله: "فيشترط التوقيت [أى بيان المدة]" حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت إلى مدة معلومة جاز، وإذا لم تكن المدة معلومة فلا يجوز. (عينى)

الصلح[١] بموت أحدهما[٢] في المدة لأنه[٣] إجارة.

قال[٤]: والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين، وقطع الخصومة، وفى حق المدعى المعنى المعاوضة؛ لما بينا[٥]، ويجوز[٦] أن يختلف حكم العقد[٧] فى حقهما[٨]، كما يختلف حكم الإقالة فى حق المتعاقدين[٩]، وغيرهما[١٠]، وهذا فى الإنكار ظاهر، وكذا فى السكوت، لأنه يحتمل الإقرار، والجحود، فلا يثبت[١١] كونه عوضًا في حقه[١٢] بالشك.

قال[١٣]: وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة، قال[١٤]: معناه[١٥] إذا كان عن إنكار أو سكوت، لأنه[١٦] يأخذها[١٧] على أصل حقه[١٨]، ويدفع المال دفعًا لخصومة المدعى[١٩]، وزعم المدعى لا يلزمه[٢٠]، بخلاف ما إذا صالح[٢١] على دار

---

(١) قوله: "ويبطل الصلح إلخ" فيرجع المدعى فى دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة. (مل)

(٢) متعاقدين.

(٣) أى لأن الصلح عن مال بمنافع.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن المدعى يأخذه عوضًا عن حقه فى زعمه.

(٦) قوله: "ويجوز أن يختلف حكم إلخ" فإن المدعى يزعم أنه محق فى دعواه، والذى أخذه عوض حقه، والمدعى عليه يزعم أن المدعى مبطل فى دعواه، والذى يعطيه لدفع الخصومة والشغب عن نفسه، وليس بممتنع اختلاف الحكم فى حق المتعاقدين. (عينى)

(٧) أى عقد الصلح.

(٨) أى المدعى والمدعى عليه.

(٩) قوله: "كما يختلف حكم الإقالة إلخ" فإنها فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق ثالث. (عينى)

(١٠) أى كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة. (ع)

(١١) قوله: "فلا يثبت إلخ" لأنه على تقدير الإقرار يكون عوضًا مع أن حمل السكوت على الإنكار أولى، لأن فيه تفريغ الذمة وهو الأصل. (عينى)

(١٢) المدعى عليه.

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) أى المصنف. (عينى)

(١٥) أى معنى كلام القدورى. (عينى)

(١٦) المدعى عليه.

(١٧) لا أنه يشتريها.

(١٨) قوله: "لأنه يأخذها على أصل حقه" أى يبقيها فى يده وملكه كما كانت. (ك)

(١٩) وهو المبادلة.

(٢٠) المدعى عليه.

حيث يجب فيها الشفعة، لأن المدعى يأخذها عوضًا عن المال، فكان معاوضة فى حقه، فيلزمه الشفعة[١] بإقراره وإن[٢] كان المدعي عليه يكذبه.

قال[٣]: وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق[٤] بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه[٥] بحصة ذلك[٦] من العوض[٧]، لأنه[٨] معاوضة مطلقة[٩] كالبيع، وحكم الاستحقاق فى البيع هذا[١٠]، وإن وقع الصلح عن سكوت، أو إنكار، فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى[١١] بالخصومة[١٢]، ورد العوض[١٣]، لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له[١٤]، فيبقى العوض[١٥] فى يده غير مشتمل على غرضه[١٦]، فيسترده[١٧].

وإن استحق[١٨] بعض ذلك[١٩] رد حصته[٢٠]، ورجع بالخصومة فيه، لأنه خلا

---

(٢١) مع الإنكار.

(١) قوله: "فيلزمه الشفعة إلخ" فصار كأنه قال: اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر، فيجب فيها الشفعة. (مل)

(٢) الواو وصلية.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) من يد المدعي عليه.

(٥) على المدعي.

(٦) المستحق.

(٧) أى بدل الصلح.

(٨) أي لأن الصلح عن إقرار.

(٩) أي في حقهما.

(١٠) أي بالرجوع بالحصة من العوض.

(١١) أي على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه. (ع)

(١٢) مع المستحق.

(١٣) أي بدل الصلح.

(١٤) مع المدعى عليه.

(١٥) أي بدل الصلح. (ك)

(١٦) قوله: "غير مشتمل على غرضه [مدعى عليه]" لأن غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها. (ك)

(١٧) قوله: "فيسترده" كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل لغرض دفعه إلى رب الدين، ثم ادعى بنفسه قبل أداء الكفيل، فإنه يسترده لعدم اشتماله على غرضه. (عيني)

(١٨) فى الصلح عن إنكار وسكوت.

(١٩) أى المصالح عنه.

(٢٠) قوله: "رد حصته [من بدل الصلح]" أى رد المدعى حصة المستحق، ورجع بالخصومة على المستحق فيه، أى

العوض في هذا القدر عن الغرض[١]، ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجع بكل المصالح عنه[٢]، لأنه مبادلة[٣]، وإن استحق بعضه رجع[٤] بحصته[٥]، وإن كان الصلح[٦] عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله، أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه[٧]، لأن المبدل فيه هو الدعوى[٨]، وهذا[٩] بخلاف ما إذا باع منه[١٠] على الإنكار شيئًا حيث يرجع بالمدعى[١١]، لأن الإقدام على البيع إقرار منه[١٢] بالحق له، ولا كذلك الصلح لأنه[١٣] قد يقع لدفع الخصومة، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم[١٤]، فالجواب فيه[١٥] كالجواب في الاستحقاق في الفصلين[١٦].

قال[١٧]: وإن ادعى حقًا في دار ولم يبينه[١٨]، فصولح من ذلك، ثم استحق

في أصل الدعوى، أما رجوعه فلأنه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده، وأما رد الحصة فلخلو إلخ. (ع)

(١) أي غرض المدعى عليه.

(٢) قوله: "رجع بكل المصالح عنه" هذا إذا كان بدل الصلح عينًا، وإن كان بدل الصلح دينًا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون بغير أعيانهما، أو ثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق، ولكنه يرجع بمثله، لأنه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء، فصار كأنه لم يستوف بعد، كذا في شرح الطحاوي.(ك)

(٣) قوله: "لأنه [أي لأن الصلح عن الإقرار] مبادلة" لأن المدعي إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح، ولم يسلم، فيرجع بمبدله كما في البيع. (عيني)

(٤) من المدعى عليه.

(٥) أي بحصته البعض المستحق.

(٦) واستحق كل المصالح عليه أو بعضه.

(٧) أي بعض المصالح عليه.

(٨) قوله: "هو الدعوى" لأن المدعي ما ترك الدعوى إلا ليسلم له البدل، فإذا لم يسلم له رجع بالبدل، وهو الدعوي. (زيلعي)

(٩) أي الرجوع بالدعوى.

(١٠) قوله: "ما إذا باع [المدعى عليه بعوض المدعى] منه إلخ" صورته ادعى على آخر دارًا مثلا، وأنكر المدعى عليه ثم صالح من هذه الدعوى على عبد بلفظ البيع، بأن قال المدعى عليه للمدعي: بعت منك هذا العبد بهذه الدار صح الصلح، وهذا إقرار منه بالدار، ثم لو استحق العبد يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى. (ك)

(١١) لا بالدعوى.

(١٢) المدعى عليه.

(١٣) الصلح.

(١٤) إلى المدعي.

(١٥) الهلاك.

(١٦) قوله: "في الفصلين" أي فصل الإقرار والإنكار، فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك بالمدعى، وإن كان عن إنكار رجع بالدعوى. (عيني)

(١٧) أي القدوري.(عيني)

بعض الدار لم يرد شيئًا من العوض؛ لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقى[١]، بخلاف ما إذا استحق[٢] كله[٣]، لأنه يعرى العوض[٤] عند ذلك عن شيء يقابله، فرجع[٥] بكله[٦] على ما قدمنا فى البيوع[٧].

ولو ادعى دارًا، فصالح على قطعة[٨] منها[٩] لم يصح الصلح، لأن ما قبضه من عين حقه، وهو على دعواه فى الباقى[١٠]، والوجه[١١] فيه[١٢] أحد الأمرين، إما أن يزيد درهمًا فى بدل الصلح، فيصير ذلك[١٣] عوضًا عن حقه فيما بقى، أو يلحق به[١٤] ذكر البراءة عن دعوى الباقى.

فصل[١٥]

والصلح جائز[١٦] عن دعوى الأموال؛ لأنه[١٧] فى معنى البيع[١٨] على ما مر[١٩]

---

(١٨) أى الحق.

(١) بعد الاستحقاق.

(٢) فيرد المدعى بدل الصلح.

(٣) أى جميع الدار.

(٤) أى بدل الصلح.

(٥) وفى نسخة: فيرجع أى المدعى عليه.

(٦) العوض.

(٧) أى فى أخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع. (ك)

(٨) كبيت من بيوتها. (ع)

(٩) أى من الدار التى وقع فيها الدعوى. (ك)

(١٠) قوله: "وهو على دعواه فى الباقى [من الدار]" ويقبل بينته لأنه استوفى بعض حقه، وأبرأ عن الباقى، والإبراء عن العين باطل، وكان وجوده وعدمه سواء، وذكر شيخ الإسلام أنه لا يسمع دعواه، وذكر صاحب "النهاية" أنه ظاهر الرواية. ووجهه أن الإبراء لاقى عينًا ودعوي، والإبراء عن الدعوى صحيح، فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذا العين صح، ولو ادعي بعد ذلك لم يسمع، وقيد بقوله: على قطعة منها، لأن الصلح إذا وقع على بيت معلوم من دار أخرى صح لكونه حينئذٍ بيعًا، وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه إجارة حتى يشترط كون المدة معلومة، ولو أراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه إليه باعتبار بدله عينًا أو منفعة. (ع)

(١١) أى الحيلة. (ع)

(١٢) أى فى جواز هذا الصلح.

(١٣) الدرهم.

(١٤) قوله: "أو يلحق به [أى بهذا الصلح.] إلخ" فإن الإبراء عن الدعوى صحيح، وإن كان الإبراء عن العين لا يصح، فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذه العين يصح الإبراء، حتى لو ادعى بعد ذلك لا يسمع. (ك)

(١٥) قوله: "فصل" لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه، وأنواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز. (نت)

(١٦) بمال. (ع)

والمنافع[(١)]، لأنها تملك بعقد الإجارة، فكذا بالصلح، والأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه[(٢)]، وأشبهها[(٣)] به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد[(٤)] ما أمكن. قال[(٥)]: ويصح عن جناية العمد والخطأ[(٦)]، أما الأول[(٧)] فلقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع﴾ الآية، قال ابن عباس رضى الله عنه[(٨)]: إنها نزلت فى الصلح[(٩)]*، وهو[(١٠)] بمنزلة النكاح[(١١)]، حتى إن ما صلح مسمى[(١٢)] فيه صلح بدلا ههنا[(١٣)]، إذ كل واحد منهما[(١٤)] مبادلة المال بغير المال إلا[(١٥)] أن عند فساد التسمية ههنا[(١٦)] يصار إلى الدية[(١٧)]، لأنها[(١٨)] موجب الدم.

---

(١٧) أى لأن الصلح عن المال.

(١٨) فما جاز بيعه جاز الصلح عنه.

(١٩) فى أول كتاب الصلح.

(١) قوله: والمنافع" أى والصلح أيضاً يجوز عن دعوى المنافع بأن ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار، فجحده الوارث أو أقر به، وصالحه على شىء جاز، لأن أخذ العوض عن المنافع جائز بالإجارة، فكذا بالصلح. (عينى)

(٢) قوله: "يجب حمله إلخ" أقول: لقائل أن يقول: قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين، ويجوز كما صرحوا به، فإمكان حمل مثله على شىء من العقود غير ظاهر. (نت)

(٣) أى العقود.

(٤) وفى نسخة: العاقل.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) على النفس وما دونها. (تبيين)

(٧) أى الصلح عن جناية العمد.

(٨) قوله: "قال ابن عباس رضى الله عنه" وروى عن جماعة منهم عمر رضي الله عنه أن الآية فى عفو بعض الأولياء، وتقديره فمن عفى له، وهو القاتل، من أخيه، فى الدين وهو المقتول شىء من القصاص، بأن كان للقتيل أولياء، فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقين ما لا هو الدية على حصصهم من الميراث، فاتباع بالمعروف، أى بقدر حقوقهم من غير زيادة، أو أداء إليه بإحسان، أى وليؤد القاتل إلى غير العافى حقه وافيا غير ناقص، كذا فى التفسير. (ك)

(٩) قوله: "فى الصلح" أى عن دم العمد، ومعنى الآية: فمن عفى له، أى أعطى له من أولياء المقتول، من دم، أخيه المقتول بسهولة بطريق الصلح، شىء، فاتباع، أى فلولى القتيل اتباع المصالح بعد الصلح بالمعروف، أى بحسن معاملة، وأداء إليه، أى على المصالح أداء ذلك إلى ولى القتيل بإحسان فى الأداء. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٢، والدراية ج٢ تحت الحديث٨٤٧ ص١٨٠. (نعيم)

(١٠) أى الصلح عن جناية العمد.

(١١) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن جناية العمد.

(١٢) مهراً.

(١٣) أى فى الصلح عن جناية العمد.

(١٤) أى من النكاح والصلح جناية العمد.

(١٥) لكن.

ولو صالح[١] على خمر[٢] لا يجب شيء، لأنه[٣] لا يجب بمطلق العفو[٤]، وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين، لأنه الموجب الأصلى[٥]، ويجب[٦] مع السكوت عنه[٧] حكمًا[٨]، ويدخل فى إطلاق جواب الكتاب[٩] الجناية فى النفس وما دونها، وهذا[١٠] بخلاف الصلح عن حق الشفعة[١١] على مال[١٢] حيث لا يصح[١٣] لأنه حق الملك[١٤]، ولا حق فى المحل قبل التملك[١٥].

أما القصاص فملك المحل[١٦] فى حق[١٧] الفعل[١٨]، فيصح الاعتياض عنه[١٩]،

---

(١٦) بجهالة فاحشة كما إذا صالح على ثوب أو دابة.

(١٧) قوله: "يصار إلى الدية" أى فى مال القاتل، لأن بدل الصلح لا يتحمله العاقلة لوجوبه بعقده. (ع)

(١٨) أى الدية.

(١) عن جناية العمد.

(٢) وكل مال ليس بمال متقوم.

(٣) أى المال.

(٤) قوله: "لأنه لا يجب إلخ" يعنى لما لم يسم مالا متقومًا فى الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواء، فبقى مطلق العفو عن القصاص، وفى ذلك لا يجب شيء، فكذا فى ذكر الخمر فى الصلح. (ك)

(٥) قوله: "لأنه [مهر المثل] الموجب الأصلى إلخ" وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح، فإنه ما شرع إلا بالمال، فإذا لم يكن المسمى صالحا صار كما لو لم يسم مهرًا، فوجب مهر المثل، وأما الصلح فليس من ضرورات وجوب المال، فإنه لو عفى بلا تسمية شيء لم يجب شيء، وفيه نظر لأن العفو لا يسمى صلحًا، والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق، فصح أن وجوبه ليس من ضروراته. (ع)

(٦) مهر المثل.

(٧) أى عن ذكر المهر.

(٨) من الشارع.

(٩) قوله: "فى إطلاق جواب الكتاب [قال القدورى: والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع وجناية العمد والخطأ]" هو قوله: ويصح عن جناية العمد والخطأ. (عينى)

(١٠) أى الصلح عن جناية العمد. (ع)

(١١) قوله: "بخلاف الصلح عن حق إلخ" هو أن يصالح الشفيع على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشترى. (عينى)

(١٢) قوله: "على مال" احتراز عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معلوم، فإن الصلح من الشفيع فيه جائز، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن، فإنه لا يصح، فإن حصته مجهولة لكن لا يبطل شفعته، لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة. (عينى)

(١٣) هذا الصلح، فيبطل الشفعة ولا يجب المال.

(١٤) فى المبيع.

(١٥) قوله: "ولا حق إلخ" أى لا حق للشفيع فى الدار المشتراة قبل أن يأخذه بالشفعة أصلا، وأخذ البدل أخذ مال فى مقابلة ما ليس بشيء ثابت فى المحل، وذلك رشوة حرام. (عينى)

(١٦) النفس.

وإذا لم يصح الصلح[١] تبطل الشفعة لأنه تبطل بالإعراض والسكوت.

والكفالة بالنفس[٢] بمنزلة حق الشفعة[٣] حتى لا يجب المال بالصلح عنه[٤] غير أن في بطلان الكفالة روايتين[٥] على ما عرف[٦] في موضعه.

وأما الثاني وهو جناية الخطأ، فلأن موجبها[٧] المال، فيصير[٨] بمنزلة البيع، إلا أنه لا يصح الزيادة على قدر الدية، لأنه مقدر شرعًا، فلا يجوز إبطاله، فيرد الزيادة[٩]، بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال، وإنما يتقوم[١٠] بالعقد، وهذا[١١] إذا صالح على أحد مقادير الدية[١٢]، أما إذا صالح على غير ذلك[١٣] جاز، لأنه[١٤] مبادلة بها[١٥]، إلا أنه يشترط القبض[١٦] في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين[١٧] بدين[١٨].

---

(١٧) قوله: "في حق الفعل" أي ليس هو مملوكا من كل وجه بل في حق الاستيفاء فقط، فلهذا لو قتل أحد القاتل ليس للولي أن يطالبه بشيء. (مل)

(١٨) أي في حق إقامة فعل القصاص.

(١٩) قوله: "فيصح الاعتياض عنه" لأنه اعتياض عما هو ثابت له في المحل، فكان صحيحًا. (عيني)

(١) عن حق الشفعة.

(٢) قوله: "والكفالة بالنفس إلخ" يعني إذا كفل عن نفس رجل، فجاء المكفول له، وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له، ويخرج الكفيل من الكفالة لا يصح الصلح. (ع)

(٣) أي في عدم جواز الصلح.

(٤) أي عن الكفالة بالنفس.

(٥) قوله: "روايتين" في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل، وبه يفتي وهو رواية أبي حفص، وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل، فوجه البطلان هو أن السقوط لا يتوقف على العوض، فإذا أسقطه لا يعود. وفي رواية الكفالة بخلافها، فوجهه أن الكفالة بالنفس سبب من الوصول إلى المال، فأخذ حكمه من هذا الوجه، فإذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانًا، كذا في "الإيضاح" و "الذخيرة". (نهاية)

(٦) أي في "المبسوط". (ميرجان)

(٧) جناية الخطأ.

(٨) هذا الصلح.

(٩) على قدر الدية.

(١٠) القصاص.

(١١) أي عدم جواز الصلح على الزائد عن قدر الدية.

(١٢) قوله: "مقادير الدية" الدية ألف دينار من الذهب وعشرة آلاف درهم من الفضة، ومائة من الإبل فقط. غرر] أي انواع الدية كالإبل والذهب والفضة. (عيني)

(١٣) كالمكيل والموزون.

(١٤) أي الصلح.

(١٥) أي الدية.

(١٦) أي قبض بدل الصلح.

ولو قضى القاضي[1] بأحد مقاديرها[2]، فصالح على جنس آخر منه بالزيادة جاز[3]، لأنه تعين الحق بالقضاء، فكان مبادلة، بخلاف الصلح ابتداء، لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء[4] في حق التعيين، فلا يجوز الزيادة على ما تعين[5]. قال[6]: ولا يجوز الصلح من دعوى حد[7]، لأنه حق الله تعالى، لا حقه، ولا يجوز[8] الاعتياض من حق غيره، ولهذا[9] لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها[10]، لأنه حق الولد لا حقها.

وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه[11] إلى طريق العامة[12]؛ لأنه حق العامة، فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد منه[13]، ويدخل في إطلاق الجواب[14] حد

---

(١٧) أي دين الدية.

(١٨) بدل الصلح.

(١) قوله: "ولو قضى القاضي إلخ" صورته أن يقضي القاضي بألف دينار، وصالح على خمسة عشر ألف درهم جاز، لأنه مبادلة خمسة عشر ألف درهماً بألف دينار. (مل)

(٢) أي الدية.

(٣) أي الصلح.

(٤) قوله: "بمنزلة القضاء" ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز، فكذا هذا. (ع)

(٥) بالشرع.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "من دعوى حد" صورته رجل أخذ زانياً أو سارقاً، أو شارب خمر، وأراد أن يرافعه إلى الحاكم، فصالح المأخوذ على مال على أن لا يرافعه إلى السلطان فالصلح باطل، ويرجع عليه بما دفع من المال، وكذلك لو ادعى رجل على رجل قذفاً، فصالح المدعى عليه بدراهم على أن يعفو عنه، فالصلح باطل. (كفاية)

(٨) فيرد ما أخذه.

(٩) أي لعدم جواز الاعتياض عن حق الغير. (عيني)

(١٠) قوله: "إذا ادعت المرأة إلخ" أي إذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها بأن قالت: إنه ابنه، وجحد الرجل، فصالح من النسب على شيء فالصلح باطل، لأن النسب ثبت حقاً للولد لاحتياجه إليه لا حقاً لها، فلا تملك الاعتياض لإسقاطه. (ك)

(١١) قوله: "عما أشرعه [أي أخرجه، وأحدثه، وأظهره] إلخ" أي لو كان لرجل ظلة، أو كنيف على طريق العامة، فخاصمه رجل، وأراد طرحه، فصالحه على مال لا يجوز، لأن الحق في الشارع لجماعة المسلمين، فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد، وإنما يكون لكل واحد حق الخصومة في الدفع والمنع حسبة. (ك)

(١٢) قوله: "إلى طريق العامة" قيد به لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذ، فصالح رجل من أهل الطريق جاز الصلح، لأن الطريق مملوكة لأهلها، فيظهر في حق الأفراد والصلح معه مفيد، لأنه يسقط حقه، ويتوصل إلى تحصيل رضا البقين، فجاز كما في "الإيضاح". (ك)

(١٣) قوله: "واحد إلخ" قيد بقوله: واحد على الانفراد، لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين، ويضعها في بيت المال، لأن اعتياض الإمام عن الشركة العامة جائز. (عيني)

القذف[١]، لأن المغلب فيه حق الشرع[٢].

قال[٣]: وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا، وهي[٤] تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز[٥] وكان في معنى الخلع[٦]؛ لأنه أمكن تصحيحه خلعًا في جانبه بناء على زعمه، وفي جانبها[٧] بذلا للمال لدفع الخصومة، قالوا: لا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى[٨] إذا كان مبطلا في دعواه.

قال[٩]: وإن ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز[١٠]، قال[١١]: هذا ذكره في بعض نسخ المختصر[١٢]، وفي بعضها قال: لم يجز[١٣]، وجه الأول[١٤] أن يجعل[١٥] زيادة في مهرها[١٦]، وجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك الدعوى، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة، فالزوج[١٧] لا يعطى العوض في الفرقة[١٨]، وإن لم يجعل[١٩] فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى، فلا شيء يقابله

---

(١٤) هو قوله: ولا يجوز من دعوى حد.

(١) قوله: "حد القذف" لو صالح القاذف مع المقذوف بشيء على أن يعفو عنه، ولا يخاصمه فهو باطل. (تبيين)

(٢) ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص. (ع)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أي المرأة.

(٥) الصلح.

(٦) قوله: "وكان في معنى الخلع" لأن أخذ المال عن ترك البضع خلع. (تبيين)

(٧) أي المرأة.

(٨) هذا عام في جميع أنواع الصلح. (ك)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) الصلح.

(١١) أي المصنف.

(١٢) أي مختصر القدوري.

(١٣) هذا الصلح.

(١٤) أي جواز الصلح.

(١٥) قوله: "أن يجعل زيادة إلخ" كأنه زاد في مهرها، ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة. (كافي)

(١٦) لأنه لا وجه لأخذها إلا بهذا الوجه.

(١٧) قوله: "فالزوج" فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة إذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء. (تاج الشريعة)

(١٨) قوله: "لا يعطى إلخ" إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة، وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج. (ك)

العوض فلم يصح[1].

قال[2]: وإن ادعى على رجل[3] أنه عبده فصالحه[4] على مال أعطاه جاز، وكان في حق المدعى بمنزلة الإعتاق على مال؛ لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه[5] في حقه لزعمه، ولهذا[6] يصح على حيوان[7] في الذمة إلى أجل[8]، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه[9] يزعم أنه حر الأصل فجاز، إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم[10] البينة[11]، فتقبل ويثبت الولاء[12].

قال[13]: وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمداً لم يجز له أن يصالح[14] عن نفسه، وإن قتل عبد له رجلا عمدا، فصالح[15] عنه[16] جاز، ووجه الفرق[17] أن

---

(١٩) قوله: "وإن لم يجعل [أي الفرقة] إلخ" أي إن لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى، وتكون هي على دعواها، فلا يكون ما أخذته عوضاً عن شيء، فلا يجوز، لأنه رشوة محضة من غير دفع خصومة، ويلزمها رده. (ك)

(١) قوله: "فلم يصح [أي الصلح فيلزمها رده]" لأن النكاح ما ثبت ضمناً وهي لم تترك الدعوى، لأن الفرقة لم توجد، فكان دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح، فلم يفد دفع المال فائدة، فلا يجوز. (عيني)

(٢) القدوري. (عيني)

(٣) مجهول الحال.

(٤) بعد الإنكار.

(٥) قوله: "على هذا الوجه" لأنه أقرب العقود إليه شبها بالعتق على مال، فيجعل في معناه. (عيني)

(٦) قوله: "وهذا" إيضاح لقوله: وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال. (مل)

(٧) قوله: "يصح [أي الصلح] على إلخ" ولو كان مبادلة لما صح ألا ترى أنه لا يصح السلم في الحيوان، أما الإعتاق على حيوان، فصحيح، فعلم أنه بطريق الإعتاق على مال. (عيني)

(٨) قوله: "إلى أجل" للتأكيد فإن ما لا يثبت ديناً في الذمة لا يثبت بذكر الأجل المعلوم كما في السلم والسلم لا يجوز في الحيوان، فيكون ذكر الأجل مؤكداً لنفي وجوب الحيوان ديناً في الذمة. (ك)

(٩) المدعى عليه.

(١٠) بعد الصلح.

(١١) على أنه عبد.

(١٢) قوله: "ويثبت الولاء" لأنه صالحه على مال بعد كونه عبداً له، فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مال، فيثبت الولاء. (عيني)

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٤) قوله: "لم يجز له أن يصالح [على مال، سواء كان عليه دين أو لا. ع]" وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب، فإنه لو قتل عمداً رجلا، وصالح من نفسه جاز، وأجيب بأن المكاتب حر [illegible]، وأكسابه له، بخلاف المأذون له، فإنه عبد من كل وجه، وكسبه لمولاه. (ع)

(١٥) على مال.

(١٦) أي عن العبد القاتل.

(١٧) بين المسألتين.

رقبته ليست من تجارته، ولهذا لا يملك التصرف فيها[١] بيعًا[٢]، فكذا[٣] استخلاصًا[٤] بمال المولى، وصار كالأجنبى[٥]، أما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه[٦] بيعًا، فكذا استخلاصًا، وهذا[٧] لأن المستحق كالزائل عن ملكه، وهذا[٨] شراءه فيملكه[٩].

قال[١٠]: ومن غصب[١١] ثوبًا يهوديًا[١٢] قيمته دون المائة فاستهلكه، فصالحه منها[١٣] على مائة درهم جاز عند أبى حنيفة. وقالا: يبطل المفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس[١٤] فيه لأن الواجب هى القيمة وهى مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا. بخلاف ما إذا صالح على عرض[١٥]، لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس[١٦]، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه[١٧]، لأنه يدخل تحت تقويم المقومين، فلا يظهر الزيادة. ولأبى حنيفة: أن حقه[١٨] فى الهالك باق حتى لو كان[١٩] عبدًا، وترك المولى

---

(١) أى فى رقبته.

(٢) قوله: "بيعًا" أى من حيث البيع قيد به لأنه يملك التصرف فيه بإجارة. (مل)

(٣) لا يملك.

(٤) أى استخلاص رقبته.

(٥) قوله: "وصار كالأجنبى [أى صار العبد المأذون له كالأجنبى]" فى حق نفسه، لأن نفسه مال المولى والأجنبى إذا صالح عن مال مولاه بغير إذنه لا يجوز، فكذا هذا. (عينى)

(٦) أى فى عبده.

(٧) أى جواز تصرفه فى عبده استخلاصًا.

(٨) أى استخلاصه بالصلح.

(٩) قوله: "فيملكه" بخلاف نفسه، فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه، فكذا لا يملك الصلح. (عينى)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) قوله: "ومن غصب إلخ" قيد بالغصب لأنه المحتاج إلى الصلح غالبا، وقيد بالقيمى، أى الثوب، احترازًا عن المثلى، فإن الصلح عن كر حنطة عل دراهم، أو دنانير جائز بالإجماع، سواء كانتا أكثر من قيمته أم لا، لكن القبض شرط وإن كانتا بأعيانهما لئلا يلزم الكالئ بالكالئ. وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما، وقيد بالاستهلاك لأن المغصوب إذا كان قائمًا جاز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع. (ع)

(١٢) قوله: "ثوبًا يهوديًا" هذا وضع المسألة فى الجامع، وأما وضع المسألة فى الأصل ففى العبد، ويهود قوم ينسب إليهم الثياب، كذا فى النهاية، ونقل العينى عن الكاكى أن لفظ يهود اسم موضع ينسب إليه الثوب المعلوم القيمة. (مل)

(١٣) أى من قيمته.

(١٤) أى الغبن الفاحش.

(١٥) قوله: "على عرض قيمته" زائدة على قيمة المغصوب المستهلك.

(١٦) فلا يكون ربا.

(١٧) أى الغبن اليسير.

أخذ القيمة يكون الكفن عليه[١]، أو حقه[٢] في مثله صورةً ومعنًى[٣]، لأن ضمان العدوان بالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء، فقبله إذا تراضيا على الأكثر[٤] كان اعتياضًا[٥]، فلا يكون ربا، بخلاف الصلح[٦] بعد القضاء[٧]، لأن الحق قد انتقل إلى القيمة[٨].

قال[٩]: وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما، وهو[١٠] موسر، فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته[١١]، فالفضل باطل، وهذا بالاتفاق[١٢] أما عندهما فلما بينا[١٣]. والفرق[١٤] لأبي حنيفة أن القيمة في العتق منصوص عليها[١٥]، وتقدير

---

(١٨) أي المالك.

(١٩) المغصوب الهالك.

(١) قوله: "يكون الكفن عليه" تبين بهذا أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه، فكان الصلح واقعًا عن ملكه في الثوب المستهلك، ولا ربا بين الثوب والدراهم. (ك)

(٢) قوله: "أو حقه [أي المالك] إلخ" هذا هو الوجه الثاني لأبي حنيفة، وهو أن حق المالك في مثل المغصوب صورة ومعنى، وإيجاب الثوب والحيوان ممكن في الذمة كما في النكاح والدية، وإنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل لعجز من له، ومن عليه عن رعاية المماثلة، فأما لا ضرورة في إيجاب المثل، لأن الله تعالى عالم بذلك، فما لم يقض القاضي بالقيمة بقي المثل واجبًا في الذمة، فقبل قضاء القاضي بالقيمة إذا تراضيا على الأكثر كان بدل الصلح عوضًا عن ملكه، أو عن المثل صورة، ومعنى لا عن القيمة، فلا يتحقق الربا كما إذا كان العبد أو الثوب قائمًا. (ك)

(٣) قوله: "في مثله [أي الهالك] إلخ" يعني أن الواجب في ذمة الغاصب حقًا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى، وهذا الحق يتصور في القيميات، فالوجه لأبي حنيفة أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكمًا، فيجوز بالغًا ما بلغ، كالاعتياض عن الثوب القائم، والحيوان القائم حقيقة. وإنما قلنا: إن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكمًا، لأن الواجب في رقبة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه، لأنه ضمان عدوان، فيكون مفيدًا بالمثل، والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى، ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات.
وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية إلا عند الأخذ بالقيمة ضرورة أن أخذ المثل صورةً ومعنًى غير ممكن إلا بسابقة التقويم، والآخذ والدافع لا يعرفان حقيقة ما فيه من التفاوت الفاحش، ولا ضرورة في الوجوب، لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى، والله تعالى أعلم بذلك، فصح ما ادعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان، فيجوز كيف ما كان. (نت)

(٤) من القيمة.

(٥) عن حقه.

(٦) على الأكثر من القيمة.

(٧) بالقيمة.

(٨) فيكون الزيادة ربا.

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) أي المعتق.

(١١) أي العبد.

(١٢) بين أصحابنا الثلاثة.

الشرع لا يكون دون تقدير القاضى، فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم[١] لأنها[٢] غير منصوص عليها[٣]، وإن صالحه[٤] على عروض جاز لما بينا أنه لا يظهر الفضل[٥].

باب التبرع[٦] بالصلح والتوكيل[٧] به[٨]

قال[٩]: ومن وكل رجلا بالصلح عنه، فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه[١٠] إلا أن يضمنه[١١]، والمال لازم للموكل[١٢]، وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد[١٣]، أو كان الصلح على بعض ما يدعيه[١٤] من الدين، لأنه[١٥] إسقاط محض، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً، فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح[١٦]. إلا أن يضمنه

---

(١٣) فى المسألة المتقدمة من أنه يبطل الفضل بالغبن الفاحش لكونه ربا.

(١٤) بين المسألتين.

(١٥) قوله: "منصوص عليها" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصاً من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه». (عينى)

(١) أى الثوب المستهلك.

(٢) القيمة.

(٣) فلم يقم فيه دلالة التقدير.

(٤) المعتق.

(٥) عن اختلاف الجنس فلا يتحقق الربا.

(٦) قوله: "باب التبرع [على المدعى عليه] إلخ" التبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به، هو الصلح عنه بأمره، والتوكيل المذكور فى العنوان مصدر مبنى للمفعول، فيرجع إلى معنى التوكل، وهو تصرف للغير، وفائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هى الإيماء إلى أن المراد التوكل الحاصل بالتوكيل، وهو التوكل بأمر الغير الذى هو الموكل، لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير، وهو التبرع بالصلح، فيندفع به توهم الاستدراك. (نت)

(٧) لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره. (نهاية)

(٨) أى الصلح.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) قوله: "ما صالح عنه" أى عمن وكل، وهذا فى رواية المصنف، وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه. (ع)

(١١) للذى صالحه. (ك)

(١٢) قوله: "لازم للموكل" أى على الموكل كما فى قوله: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ أى عليها. (ع)

(١٣) قوله: "إذا كان الصلح إلخ" هذا إنما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسألة بذلك، فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعاً فى غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس، والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيراً محضاً كالنكاح والخلع وغيرهما. (نتائج)

(١٤) المدعى.

(١٥) أى هذ الصلح.

(١٦) فإنه سفير ومعبر، فلا يلزمه شىء. (عينى)

لأنه حينئذٍ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع[١]، فيرجع الحقوق إلى الوكيل، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل.

قال[٢]: وإن صالح عنه رجل بغير أمره، فهو على أربعة أوجه: إن صالح بمال وضمنه تم الصلح؛ لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة، وفي حقها[٣] الأجنبي والمدعى عليه سواء، فصلح أصيلا[٤] فيه إذا ضمنه كالفضولي بالخلع[٥] إذا ضمن البدل[٦]، ويكون[٧] متبرعًا على المدعى عليه[٨]، كما لو تبرع بقضاء الدين.

بخلاف ما إذا كان[٩] بأمره[١٠]، ولا يكون لهذا المصالح[١١] شيء من المدعى، وإنما ذلك للذي في يده، لأن تصحيحه[١٢] بطريق الإسقاط[١٣]، ولا فرق[١٤] في هذا[١٥] بين ما إذا كان مقرًا أو منكرًا[١٦].

---

(١) قوله: "فهو بمنزلة البيع" هذا إذا كان الصلح عن إقرار، وأما إذا كان الصلح عن إنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل في شيء. (ك)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) براءة.

(٤) أي صلح الأجنبي أن يكون أصيلا في هذا الصلح.

(٥) من جانب المرأة. (ع)

(٦) أي بدل الخلع.

(٧) المصالح الأجنبي.

(٨) لا يرجع عليه بشيء.

(٩) الصلح.

(١٠) أي المدعى عليه فإنه لا يصير متبرعًا بل يرجع.

(١١) الأجنبي.

(١٢) أي الصلح.

(١٣) قوله: "بطريق الإسقاط [لا بطريق المبادلة. ع]" أي إسقاط المدعى عن المدعى عليه، والمسقط يكون متلاشيًا فلا يثبت له شيء. (ك)

(١٤) لأنه يصير متبرعًا عليه بهذا العقد. (ك)

(١٥) أي أن المصالح لا يملك المدعى.

(١٦) قوله: "بين ما إذا كان [أي المدعى عليه] إلخ" أما إذا كان منكرا فظاهر، لأن في زعمه أن لا شيء عليه، وزعم المدعى لا يتعدى إليه، وأما إذا كان مقرًا فلأن المصالح كان ينبغي أن يصير مشتريًا ما في ذمته بما أدى، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدينُ وهو لا يجوز، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعى به عينًا، والمدعى عليه مقرًا، فإن المصالح يصير مشتريًا لنفسه إذا كان بغير أمره، لأن العين يصح شراءه من المالك وإن كان في يد غيره، وأما شراء الدين من صاحبه لا يجوز، لأنه يصير تمليك الدين من غير من عليه الدين. (مل)

وكذلك[١] إذا قال[٢]: صالحتك على ألفى هذه، أو على عبدى هذا صح الصلح، ولزمه تسليمه[٣]؛ لأنه لما أضافه[٤] إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه[٥]، فصح الصلح. وكذلك[٦] لو قال[٧]: على ألف وسلمها؛ لأن التسليم إليه[٨] يوجب سلامة العوض له[٩]، فيتم العقد[١٠] لحصول مقصوده[١١].

ولو قال[١٢]: صالحتك على ألف، فالعقد موقوف[١٣]، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف، وإن لم يجزه بطل؛ لأن الأصل فى العقد إنما هو المدعى عليه، لأن دفع الخصومة حاصل له إلا أن الفضولى يصير أصيلا[١٤] بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه، فإذا لم يضف بقى عاقداً من جهة المطلوب، فيتوقف على إجازته[١٥].

قال[١٦]: ووجه آخر[١٧] أن يقول: صالحتك على هذه الألف، أو على هذا العبد[١٨]، ولم ينسبه إلى نفسه، لأنه لما عينه للتسليم صار شارطًا سلامته[١٩] له[٢٠]، فيتم بقوله[٢١]: ولو استحق العبد[٢٢] أو وجد[٢٣] به عيبًا فرده، فلا سبيل له[٢٤] على

(١) أى يصح الصلح هذا هو الوجه الثانى من الوجوه الأربعة.
(٢) الفضولى.
(٣) أى الألف أو العبد.
(٤) أى الصلح.
(٥) أى المال المعقود عليه.
(٦) أى يصح الصلح، وهذا هو الوجه الثالث.
(٧) الفضولى.
(٨) المدعى.
(٩) المدعى.
(١٠) أى عقد الصلح.
(١١) وهو سلامة العوض للمدعى.
(١٢) قوله: "ولو قال: صالحتك إلخ" هذا هو الوجه الرابع من الوجوه الأربعة. (عينى)
(١٣) قوله: "فالعقد موقوف" هذا اختيار بعض المشايخ، وقال بعضهم بل ينفذ فيها على المصالح، وإنما يتوقف فى قوله: صالح فلانًا على ألف درهم من دعوتك على فلان. (ك)
(١٤) بدليل أنه يجبر على الأداء كما يجبر على الأصيل.
(١٥) المطلوب.
(١٦) أى المصنف.
(١٧) أى غير الوجوه التى ذكرها.
(١٨) يصح الصلح.
(١٩) المصالح عليه.
(٢٠) المدعى.
(٢١) المصالح.
(٢٢) قوله: "ولو استحق العبد" أى الذى صالحه عليه فى هذه الصورة.

المصالح، لأنه[١] التزم الإيفاء من محل بعينه، ولم يلتزم شيئًا سواه[٢]، فإن سلم المحل له[٣] تم الصلح وإن لم يسلم لم يرجع[٤] عليه[٥] بشيء، بخلاف ما إذا صالح[٦] على دراهم مسماة[٧] وضمنها ودفعها، ثم استحقت أو وجدها[٨] زيوفًا حيث يرجع[٩] عليه[١٠]، لأنه[١١] جعل نفسه أصيلا في حق الضمان[١٢]، ولهذا يجبر على التسليم[١٣]، فإذا لم يسلم له[١٤] ما سلمه[١٥] يرجع[١٦] عليه[١٧] ببدله

باب الصلح في الدين[١٨]

قال: وكل شيء وقع عليه[١٩] الصلح[٢٠]، وهو مستحق[٢١] بعقد المداينة[٢٢] لم

(٢٣) المدعى.

(٢٤) المدعى.

(١) مصالح.

(٢) أي سوى ما عين.

(٣) المدعى.

(٤) لكن يرجع بدعواه. (كافي)

(٥) المصالح.

(٦) الفضولي.

(٧) معينة.

(٨) المدعى.

(٩) المدعى.

(١٠) المصالح.

(١١) أي لأن المصالح.

(١٢) فصار دينًا في ذمته حيث ضمنه.

(١٣) قوله: "يجبر على التسليم" أي يجبر المصالح على تسليم الدراهم إذا ضمنها بخلاف ما إذا لم يضمن حيث لا يجبر. (عيني)

(١٤) المدعى.

(١٥) المصالح.

(١٦) المدعى.

(١٧) المصالح.

(١٨) قوله: "باب الصلح في الدين" لما ذكر الصلح من عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم صلح خاص من الدعوى، وهو دعوى الدين، لأن الخصوص أبدًا يكون بعد العموم. (نهاية)

(١٩) قوله: "وكل شيء وقع عليه [هذه مسألة مختصر القدوري] إلخ" صورته باع ثوبًا معينًا مثلا بعشرة دراهم، وافترقا من غير قبض الدراهم من غير ذكر الأجل، ثم تصالحا على خمسة دراهم فإنه يجوز، وإن افترقا من غير قبض بدل الصلح الذي هو خمسة دراهم، لأن هذا الصلح محمول على أنه استوفى بعض حقه، وأسقط باقيه.

وإنما قيدنا بقولنا: من غير ذكر الأجل فإنه لو كانت له ألف مؤجل، فصالحه على خمس مائة حالة لم يجز على ما

يحمل على المعاوضة[١]، وإنما يحمل[٢] على أنه استوفى بعض حقه، وأسقط باقيه، كمن له على آخر ألف درهم، فصالحه على خمسمائة.

وكمن له على آخر ألف جياد[٣]، فصالحه على خمسمائة زيوف[٤] جاز[٥]، فكأنه ابرأه عن بعض حقه، وهذا[٦] لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضاءه إلى الربا، فجعل إسقاطًا للبعض[٧] في المسألة الأولى[٨]، وللبعض والصفة في الثانية[٩]. ولو صالح[١٠] على ألف مؤجلة جاز، وكأنه[١١] أجل نفس الحق؛ لأنه لا يمكن جعله معاوضة، لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز، فحملناه على التأخير[١٢]، ولو صالحه على دنانير إلى شهر[١٣] لم يجز، لأن الدنانير غير مستحقه[١٤] بعقد المداينة، فلا يمكن حمله على التأخير[١٥]، ولا وجه له

يجيء في الكتاب، وإنما حمل هذا على الإسقاط دون المبادلة لأن مبادلة العشرة بالخمسة لا يجوز، فيكون مسقطًا بعض الحق بغير عوض، وذلك صحيح مع ترك القبض فيما بقي. (مل)

(٢٠) أي هو بدل الصلح.

(٢١) قوله: "وهو مستحق إلخ" يعني ما وقع عليه الصلح وهو بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بالعقد الذي جرى بينهما بطريق المداينة، وإنما قال: وهو مستحق بعقد المداينة والحكم في الغصب والإتلاف كذلك، لأن الأصل هو الواجب بالسبب المشروع، فلذلك وضع المسألة فيه. (مل)

(٢٢) قوله: "المداينة" مداينة باكسى قرض دادن وچيزى بوام بكسى فروختن. (م)

(١) لما فيه من الربا.

(٢) أي الصلح.

(٣) حالة من ثمن متاع باعه.

(٤) قوله: "على خمس مائة زيوف" حالة أو مؤجلة جاز، فيجعل مسقطًا للقدر والصفة، ومستوفيًا لبعض حقه أو مؤخرًا لأن من استحق الجياد يستحق الزيوف. (تبيين)

(٥) الصلح.

(٦) أي عدم الحمل على المعاوضة

(٧) أي بعض الدين.

(٨) أي مسألة مصالحة الألف بخمس مائة.

(٩) أي مصالحة الألف الجياد بخمس مائة زيوف.

(١٠) أي من له على آخر ألف درهم.

(١١) أي الصلح.

(١٢) للدين.

(١٣) أي مؤجلا إلى شهر.

(١٤) قوله: "غير مستحقة" لأن من له الدراهم لا يستحق الدنانير، فكان معوضة وهو صرف، فلا يجوز تأجيله. (تبيين)

(١٥) قوله: "فلا يمكن حمله [الأجل] على التأخير [أي تأخير الحق]" لأن حق الطالب كان في الدراهم لا في الدنانير. (عيني)

سوى المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نسأ[١] لا يجوز[٢]، فلم يصح الصلح.

قال[٣]: ولو كانت له ألف مؤجلة، فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز؛ لأن المعجل خير من المؤجل، وهو غير[٤] مستحق بالعقد، فيكون[٥] بأزاء ما حطه عنه، وذلك[٦] اعتياض عن الأجل وهو حرام.

وإن كان له ألف سود[٧]، فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز؛ لأن البيض غير مستحقة[٨] بعقد المداينة وهي زيادة وصف، فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف، و هو ربا، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود[٩]، لأنه إسقاط بعض حقه قدراً ووصفاً.

وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين[١٠] وهو[١١] أجود، لأنه معاوضة المثل بالمثل، ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس[١٢]، ولو كان عليه ألف

---

(١) أي بالأجل والتأخير.

(٢) لأنه يؤدي إلى الربا.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وهو غير إلخ" يعني أن المعجل لم يكن مستحقًا بالعقد حتى يكون استيفاء لبعض حقه، وهو خير من النسيئة لا محالة، فيكون خمس مائة في مقابلة خمس مائة مثله في الدين، وصفة التعجيل في مقابلة خمس مائة الباقي، وذلك اعتياض عن أجل، وهو حرام. (ع)

(٥) الأجل.

(٦) قوله: "وذلك اعتياض إلخ" وهذا لأن الأجل صفة كالجودة، والاعتياض عن الجودة لا يجوز، فكذا عن الأجل، ألا ترى أن الشرع حرم ربا النسيئة، وليس فيه إلا مقابلة المال بالأجل شبهة، فلأن يكون مقابلة المال بالأجل حقيقة حراماً أولى. والأصل فيه أن الإحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولا على المعاوضة كهذه المسألة، فإن الدائن أسقط من حقه خمس مائة والمديون أسقط حقه في الأجل في الخمس مائة الباقية، فيكون معاوضة، بخلاف ما إذا صالح من ألف على خمس مائة، فإنه يكون محمولا على إسقاط بعض الحق دون المعاوضة، لأن الإحسان لم يوجد إلا من طرف رب الدين. (ك)

(٧) قوله: "ألف سود [أي الدراهم المضروبة إلى السواد]" يريد بالسود ما كانت الفضة فيه أكثر من الغش. (مضمرات)

(٨) فلا يكون أخذ بعض الحق وترك الباقي.

(٩) حيث يجوز.

(١٠) قوله: "ما إذا [حيث يجوز] إلخ" معناه على ما قال في "الكافي": ولو كان له عليه ألف درهم غلة، فصالحه منها على ألف درهم جياد حالة، فإن قبض قبل أن يفترقا جاز، وإن تفرقا قبل القبض بطل، وهذا جواب سؤال مقدر، وهو أنه إذا كان حقه ألف درهم نبهرجة فصالحه على ألف درهم نخبة وهو أجود من النبهرجة جاز الصلح والزيادة موجودة له. (ميرجان)

(١١) أي بدل الصلح لا الدين.

(١٢) لأنه بمنزلة بيع الصرف.

درهم ومائة دينار، فصالح على مائة درهم حالة، أو إلى شهر صح الصلح، لأنه أمكن أن يجعل إسقاطًا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة، وتأجيلا للباقي[١]، فلا يجعل معاوضة تصحيحًا للعقد[٢]، ولأن معنى الإسقاط فيه[٣] ألزم[٤].

قال[٥]: ومن له على آخر ألف درهم، فقال: أدِّ إلي غدًا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل[٦]، فهو بريء[٧]. فإن لم يدفع[٨] إليه الخمسمائة غدًا عاد عليه الألف، وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يعود عليه[٩]؛ لأنه إبراء مطلق[١٠]، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضًا[١١] حيث ذكره بكلمة على[١٢]، وهي للمعاوضة[١٣]، والأداء[١٤] لا يصلح عوضًا[١٥] لكونه مستحقًا عليه[١٦]، فجرى وجوده[١٧] مجرى عدمه، فبقي الإبراء مطلقًا فلا يعود[١٨]، كما إذا بدأ بالإبراء[١٩].

---

(١) أي المائة.

(٢) وتحرزا عن الربا.

(٣) أي في هذا الصلح.

(٤) قوله: "ألزم" لأن الصلح عبارة عن الحطيطة والحط في هذا أكثر، فيكون معنى الإسقاط فيه ألزم.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) المديون.

(٧) قوله: "فهو بريء [من الفضل]" قيل معناه فهو بريء في الحال، ويجوز أن يكون معناه، فأدى إليه ذلك غدًا فهو بريء من الباقي. (عناية)

(٨) المديون.

(٩) الألف.

(١٠) فثبت البراءة مطلقًا أعطى أو لم يعط.

(١١) عن الإبراء.

(١٢) قوله: "بكلمة على" قلت: الباء في بكلمة على في قوله: حيث ذكره بكلمة على للمقابلة، كما في قولك: بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر أداء الخمس مائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة. (نت)

(١٣) أي أداء الخمس مائة.

(١٤) قوله: "والأداء لا يصلح إلخ" لأنه واجب عليه قبل الصلح، وهو لم يذكر للإبراء عوضًا سواه، والعوض هو المستفاد بالعقد، ولم يستفد شيئًا، فصار وجوده كعدمه، فحصل الإبراء مطلقًا. (تبيين)

(١٥) فإن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها.

(١٦) قوله: "لكونه مستحقًا عليه [المديون]" أي قبل الصلح بحكم المداينة، والعوض ما يجب بالشرط وأداء الخمس مائة غدًا كان واجبًا قبل الشرط، فلم يصح الشرط لعدم الفائدة، فبقي الإبراء مطلقًا. (ك)

(١٧) أي وجود جعل الأداء عوضًا. (ع)

(١٨) الألف.

ولهما: أن هذا إبراء مقيد[1] بالشرط، فيفوت[2] بفواته[3] لأنه بدأ بأداء الخمسمائة[4] في الغد[5]، وأنه يصلح غرضًا حذار[6] إفلاسه[7]، أو توسلا إلى تجارة أربح منه، وكلمة على إن كانت للمعاوضة[8]، فهي محتملة للشرط[9] لوجود معنى المقابلة[10] فيه[11]، فيحمل عليه[12] عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحًا لتصرفه، أو لأنه متعارف[13]، والإبراء[14] مما يتقيد بالشرط[15]، وإن[16] كان لا يتعلق به[17] كالحوالة[18]، وسنخرج البداية بالإبراء[19] إن شاء الله تعالى.

---

(١٩) قوله: "كما إذا بدأ بالإبراء" بأن قال: أبرأتك عن خمس مائة من ألف على أن تؤدى إلى غدًا خمس مائة (عينى)

(١) لا مطلق. (ك)

(٢) الإبراء.

(٣) الشرط.

(٤) قوله: "لأنه بدأ إلخ" فكأنه قال: إن أديت إلى نصفها غدًا فأنت برىء. (أعظمى)

(٥) فصلح أن يكون شرط من حيث المعنى.

(٦) أى حذرًا عن فوت الكل عند إفلاسه. (ك)، حذار بكسر أول: ترسيدن وخوف. (غياث)

(٧) المدعي عليه.

(٨) وضعًا.

(٩) قوله: "فهي محتملة [مجازًا] للشرط" لوجود معنى المقابلة فيه بيان مجوز الاستعارة وهو أن فى المعاوضة مقابلة العوض بالمعوض، وفي الشرط مقابلة الشرط بالمشروط، فجاز أن تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه، فيحمل الكلام على القلب تصحيحًا للشرط عند تعذر الحمل على الظاهر، وبدلالة حال المتكلم إذ مقصوده الحمل على الأداء. (مل)

(١٠) فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين.

(١١) الشرط.

(١٢) الشرط.

(١٣) قوله: "أو لأنه [الشرط] متعارف [فى على]" الأقرب أن يكون قوله: لأنه متعارف معطوفًا على الأقرب وهو قوله: تصحيحًا لتصرفه وإن كان الظاهر من كلام أكثر الشراح أن يكون معطوفًا على قوله: لوجود إلخ، فمعنى كلام المصنف: فيحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة، لتصحيح تصرف العاقل، أو لأن مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف، فيكون قوله: لوجود معنى المقابلة بيانًا للعلاقة المصححة للتجوز، ويكون قوله: تصحيحًا لتصرفه، وقوله: أو لأنه متعارف بيانًا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين. (نت)

(١٤) قوله: "والإبراء إلخ" هذا جواب عما يقال: أن تعليق الإبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل: إذا أديت، أو متى أديت إلى خمس مائة فأنت برىء من الباقى باطل بالاتفاق، والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف يكون جائزًا. (عينى)

(١٥) قوله: "مما يتقيد إلخ" التفاوت بين المقيد بالشرط والمعلق به، أن البراءة فى صورة التقيد موجودة، ولا كذلك فى التعليق، لأن المعلق بالشرط لا وجود له قبل وجود الشرط، أما المقيد فهو موجود إلا أنه إذا لم يوجد الشرط ينعدم، والبراءة ههنا موجودة، ولهذا لا يتمكن من مطالبة الألف فى اليوم والغد، إلا أنه إذا انعدم الشرط ينعدم. (كافى)

(١٦) الواو وصلية.

(١٧) قوله: "وإن كان لا يتعلق به" الفرق بين التقييد بالشرط والتعليق به ثابت لفظًا ومعنى، أما لفظًا فهو أن التقييد

قال[١]: وهذه المسألة[٢] على وجوه[٣]: أحدها: ما ذكرناه، والثاني: إذا قال: صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلى غدًا وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلى غدًا فالألف عليك على حاله، وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد، فيعمل به.

والثالث[٤]: إذا قال: أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطينى الخمسمائة غدًا فالإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعطِ، لأنه أطلق الإبراء أولا[٥]، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضًا مطلقًا[٦]، ولكنه يصلح شرطًا[٧]، فوقع الشك فى تقييده[٨] بالشرط، فلا يتقيد به[٩]، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة[١٠] لأن الإبراء[١١] حصل مقرونًا به[١٢]، فمن حيث إنه لا يصلح عوضًا يقع مطلقًا، ومن حيث إنه يصلح شرطًا لا يقع مطلقًا، فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا[١٣].

بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحًا والتعليق به يستعمل فيه ذلك، وأما معنى فلأن فى التقييد به الحكم ثابت فى الحال على عرضة أن يزول إن لم يوجد الشرط وفى التعليق الحكم غير ثابت فى الحال، وهو بعرضة أن يثبت عند وجود الشرط. (عناية)

(١٨) قوله: "كالحوالة" فإنها براءة ثابتة فى الحال مقيدة بشرط أداء المحتال عليه، وليست بمعلقة عليه حتى ما بقى حق المطالبة ما دام المحتال عليه حيا من المحيل، ولو لم يوجد الشرط ومات المحتال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل. (مل)

(١٩) قوله: "وسنخرج البداية إلخ" هذا عذر من تأخير جواب ما قاس عليه أبو يوسف بقوله: كما إذا بدأ بالإبراء يعنى نذكر الفرق بين المقيس والمقيس عليه عند قوله: والثالث إذا قال: أبرأتك إلخ. (عينى)

(١) أى المصنف.

(٢) إشارة إلى قوله: ومن له على آخر إلخ.

(٣) الخمسة.

(٤) قوله: "والثالث إلخ" هذا هو الموعود باستخراج الجواب، وهذا مبنى على أن الثابت أولا لا يزول بالشك. (م)

(٥) حيث قدمه.

(٦) قوله: "لا يصلح عوضًا مطلقًا [كما مر فى بيان الوجه الأول المذكور فى الكتاب]" لأن العوض ما لا يكون حاصلا له، وههنا أداء الخمسمائة حاصل له لأنه واجب عليه بدون إبراء بعضه. (ن)

(٧) مفيداً لزوال الإطلاق.

(٨) قوله: "فوقع الشك فى تقييده" أى فى تقييد الإبراء بالشرط بعد ما أطلق الإبراء لأن أداء الخمس مائة إن صلح مقيداً من حيث إنه يصلح شرطًا لا يصلح مقيداً من حيث إنه يصلح عوضًا، فوقع الشك فى التقييد، فلا يثبت بالشك. (ك)

(٩) ولا يبطل من وقوع الشك لأنه الثابت أولا والثابت أولا لا يزول به.

(١٠) كما هو الوجه الأول.

(١١) قوله: "لأن الإبراء إلخ" أى لأن الإبراء حصل مقيداً بأداء خمس مائة وباعتبار صلاحيته شرطًا لا عوضًا وقع الشك فى إطلاق الإبراء، فلا يثبت الإطلاق بالشك. (ك)

(١٢) أى بأداء خمس مائة.

والرابع: إذا قال: أدّ إلى خمسمائة على أنك برىء من الفضل، ولم يوقت للأداء وقتًا، وجوابه أن يصح الإبراء ولا يعود الدين، لأن هذا إبراء مطلق، لأنه لما لم يوقت للأداء وقتًا لا يكون[١] للأداء غرضًا صحيحًا، لأنه واجب عليه فى مطلق الأزمان، فلم يتقيد[٢] بل يحمل على المعاوضة، ولا يصلح[٣] عوضًا، بخلاف ما تقدم[٤] لأن الأداء فى الغد غرض صحيح.

والخامس: إذا قال[٥]: إن أديت إلى خمسمائة[٦]، أو قال: إذا أديت، أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء، لأنه علقه[٧] بالشرط صريحًا، وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى المليك[٨]، حتى ترتد[٩] بالرد، بخلاف ما تقدم[١٠] لأنه ما أتى بصريح الشرط، فحمل على التقييد به[١١].

قال[١٢]: ومن قال لآخر: لا أقر لك بمالك حتى تؤخره[١٣] عنى، أو تحط عنى، ففعل جاز عليه[١٤]؛ لأنه[١٥] ليس بمكره[١٦]، ومعنى المسألة إذا قال[١٧] ذلك سرًا، أما

---

(١٣) أى الوجهان وهو ما إذا بدأ بالإبراء، وما إذا بدأ بأداء الخمس مائة.

(١) قوله: "لأنه لما لم يوقت إلخ" يعنى أن أداء الخمس مائة لا يصلح عوضًا، وكذا لا يصلح غرضًا صحيحًا لما لم يقيده بزمان معين فيلغو ذكره. (ك)

(٢) الإبراء.

(٣) الأداء.

(٤) قوله: "بخلاف ما تقدم" وهو ما إذا وقت الأداء وقتا كما فى قوله: أد إلى غدًا منها خمس مائة على أنك برىء من الفضل. (عينى)

(٥) بأن علق صريحًا.

(٦) فإنت برىء من الفضل.

(٧) الإبراء.

(٨) قوله: "لما فيها [أى البراءة] إلخ" يعني أن الإبراء إسقاط حتى لا يتوقف على القبول، وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد، وتعليق التمليك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الإسقاط بالشرط كالعتاق والطلاق جائز، ففى الإبراء المشتمل المعنيين، قلنا: يصح إذا لم يصرح باشرط ولا يصح إذا صرح بالشرط عملا بالشبهين. (ك)

(٩) البراءة.

(١٠) من الوجه الأول.

(١١) الشرط.

(١٢) أى محمد. (عينى)

(١٣) أى المال.

(١٤) قوله: "جاز عليه" أى جاز هذا التصرف وهو التأخير أو الحط عليه، أى نافذ ولازم عليه، حتى إن بعد التأخير لا يتمكن من المطالبة فى الحال، وفى الحط لا يتمكن من مطالبته لما حط به. (ن)

(١٥) رب الدين.

إذا قال علانية يؤخذ[١] به[٢].

فصل في الدين المشترك[٣]

وإذا كان[٤] الدين بين شريكين[٥]، فصالح أحدهما من نصيبه[٦] على ثوب[٧]، فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه[٨]، وإن شاء أخذ نصف الثوب، إلا أن يضمن له[٩] شريكه[١٠] ربع الدين.

وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما[١١] شيئًا منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض، لأنه[١٢] ازداد بالقبض[١٣]، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق، فيصير كزيادة الولد[١٤] والثمرة[١٥] فله حق المشاركة، ولكنه[١٦] قبل المشاركة[١٧] باقٍ على ملك القابض، لأن العين غير

---

(١٦) لأنه يمكنه دفع هذا بإقامة البينة أو بالتحليف. (ك)

(١٧) المديون.

(١) أى يؤخذ المقر بالمال فى الحال لأنه إقرار منه بالحق.

(٢) أى بجميع المال. (ف)

(٣) قوله: "فصل فى الدين المشترك" أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد. (عينى)

(٤) هذا من مسائل القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "وإذا كان الدين إلخ" وضع المسألة فى الدين لأن فى العين بين الشريكين كالدار إذا صالح أحدهما من نصيبه على شيء لم يشرك الآخر فيه. (ك)

(٦) قوله: "فصالح إلخ" قيد بالصلح من نصيب أحدهما لأنه إذا اشترى أحدهما بنصيبه سلعة لم يشرك الآخر فيها على ما يجيء. (ن)

(٧) قوله: "على ثوب" قيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقابض، وهو قوله: إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين. (ك)

(٨) دين.

(٩) قوله: "إلا أن يضمن له [غير المصالح] إلخ" استثناء من قوله: فشريكه بالخيار، يعنى إذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين ليس للشريك الغير المصالح الخيار، لأن حقه فى الدين، ولا يكون نه سبيل فى الثوب. (عينى)

(١٠) المصالح.

(١١) أى بطريق الاستيفاء. (ك)

(١٢) قوله: "لأنه [أى الدين] ازداد" أى لأن الدين قبل القبض وصف شرعى وبعد القبض صار عينًا منتفعًا قابلا للتصرف، فالدين ازداد خيرا بسبب كونه مقبوضًا أو منقودًا. (عينى)

(١٣) لأن للنقد مزية على النسيئة. (ك)

(١٤) فى الجارية المشتركة.

(١٥) أى فى الشجر المشترك، وهى مشتركة بين الشريكين.

(١٦) قوله: "ولكنه [أى المقبوض] قبل إلخ" هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال: لو كانت زيادة الدين

الدين حقيقة، وقد قبضه بدلا عن حقه، فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه[1]، ويضمن لشريكه حصته. والدين المشترك أن يكون واجبًا بسبب متحد، كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة[2]، وثمن المال المشترك[3] والمورث بينهما[4]، وقيمة المستهلك المشترك.

فإذا عرفت هذا نقول: في مسألة الكتاب[5] له[6] أن يتبع الذى عليه الأصل[7]، لأن نصيبه[8] باقٍ في ذمته[9]، لأن القابض[10] قبض نصيبه لكن له[11] حق المشاركة، وإن شاء أخذ نصف الثوب[12]، لأن له[13] حق المشاركة إلا أن يضمن

بالقبض كالثمر والولد ينبغي أن لا يجوز تصرف القابض قبل أن يختار الشريك مشاركته، كما في الثمر والولد لا يجوز التصرف بغير إذن الآخر. (عيني)

(١٧) أي قبل أن يختار الشريك مشاركته.

(١) أي في المقبوض كالهبة وقضاء دين غريمه.

(٢) قوله: "كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة" بأن جمع اثنان عبدين لكل واحد منهما عبد، وباعا صفقة واحدة، فيكون ثمنهما على الاشتراك، وإن اختص كل واحد من العبدين بأحدهما. (ك)

قوله: "إذا كان صفقة واحدة" قيد الصفقة بالواحدة احترازا عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمس مائة، وباع الآخر نصيبه منه بخمس مائة، وكتبا عليه صكًا واحدًا بألف درهم، ثم قبض أحدهما منه شيئًا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر، فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك. قال صاحب "النهاية": ثم ينبغي أن لا يكتفى بقوله: إذا كان صفقة واحدة، بل ينبغي أن يزاد على هذا، ويقال: إذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفقته، لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة، ونصيب فلان خمس مائة، ثم قبض أحدهما منه شيئًا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن للمشترى أن يقبل البيع في نصيب أحدهما، ولعل المصنف إنما ترك ذكره لأن شرط الاشتراك، وهو في بيان حقيقته. (ع)

(٣) أي بين الاثنين، بأن باعا عبدًا مشتركًا وبينهما صفقة واحدة. (ك)

(٤) بأن مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه. (ك)

(٥) أي مختصر القدوري.

(٦) أي للشريك الغير المصالح.

(٧) أي المديون.

(٨) أي الغير المصالح.

(٩) أي المديون.

(١٠) أي المصالح.

(١١) أي الغير المصالح.

(١٢) قوله: "وإن شاء [أي الغير المصالح] أخذ إلخ" فإن قيل: ينبغي أن لا يكون له حق المشاركة في الثوب؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق يكون معاوضة، وفي المعاوضة المحضة لا سبيل للشريك على الثوب، كذا ههنا.

قلنا: قد ذكر في "مبسوط خواهر زادة" أن الصلح على خلاف جنس الحق شراء في عامة الأحكام استيفاء لعين الحق في بعض الأحكام، وأما المعاوضة المحضة فليست باستيفاء لبعض الحق بوجه ما. (ك)

له[١] شريكه ربع الدين، لأن حقه[٢] في ذلك[٣].

قال[٤]: ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض؛ لما قلنا[٥]، ثم يرجعان على الغريم بالباقي، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة.

قال[٦]: ولو اشترى أحدهما[٧] بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه[٨] أن يضمنه ربع الدين، لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كملا[٩]، لأن مبنى البيع على المماكسة[١٠]، بخلاف الصلح[١١] لأن مبناه[١٢] على الأغماض والحطيطة[١٣]، فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به[١٤]، فيتخير القابض[١٥]، كما ذكرناه[١٦].

قوله: "أخذ نصف الثوب" ثم يرجعان بالباقي على الغريم، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة. (ع)

قوله: "نصف الثوب" ونصف الثوب قدر ربع الدين، لأن الثوب صولح عليه بنصف الدين، فيكون الثوب قدر نصف الدين، ونصف النصف ربع لا محالة. (عيني)

(١٣) أي لغير المصالح.

(١) أي لغير المصالح.

(٢) أي لغير المصالح.

(٣) أي الدين.

(٤) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٥) قوله: "لما قلنا [إشارة إلى قوله: لأنه ازداد بالقبض. ك]" من إن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض. (عيني)

(٦) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٧) أي الشريكين من الغريم.

(٨) قوله: "كان لشريكه إلخ" بيان هذا أن أحد ربي الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على من اشترى سلعة مثل ما وجب له في ذمة المديون، فالتقيا قصاصاً، فصار كأنه قبض نصف الدين، فلو استوفى نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك، فكذا هذا. (عيني)

(٩) أي من غير حطيطة.

(١٠) مماكسة: تشويش كردن در بيع وكم كردن در ثمن. (من)

(١١) قوله: بخلاف الصلح" يعني إذا صالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار إن شاء دفع إليه نصف الثوب، وإن شاء دفع إليه ربع الدين. (عيني)

(١٢) الصلح.

(١٣) فكان المصالح بالصلح أبرأه عن بعض نصيبه، وقبض البعض.

(١٤) أي المصالح، لأنه لم يستوف نصف الدين كملا.

(١٥) قوله: "فيتخير القابض" أي بين أن يدفع نصف المصالح عليه، أو ربع الدين. (كفاية)

(١٦) أشار به إلى قوله: إلا أن يضمن له شريكه.

ولا سبيل[١] للشريك[٢] على الثوب فى البيع[٣]، لأنه ملكه بعقده[٤]، والاستيفاء[٥] بالمقاصة[٦] بين ثمنه وبين الدين، وللشريك أن يتبع الغريم فى جميع ما ذكرنا[٧]، لأن حقه فى ذمته[٨] باقٍ، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة، فله أن لا يشاركه[٩]، فلو سلم له[١٠] ما قبض[١١]، ثم نوى ما على الغريم[١٢] له[١٣] أن يشارك القابض، لأنه[١٤] إنما رضى بالتسليم ليسلم له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم.

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه[١٥] من قبل[١٦] لم يرجع عليه[١٧] الشريك، لأنه قاضٍ بنصيبه لا مقتضٍ[١٨]، ولو أبرأه عن نصيبه[١٩] فكذلك[٢٠]، لأنه[٢١] إتلاف،

---

(١) قوله: "ولا سبيل إلخ" حاصله أن القابض لا يجبر على شركة الثوب الحاصل من بيع المديون منه. (مل)

(٢) أى الغير القابض.

(٣) أى فى صورة البيع.

(٤) قوله: "لأنه [أى لأن الذى اشترى بنصيبه من الدين] ملكه بعقده" أى بعقد البيع لا بسبب الدين، لأن عقد الشراء ثبت للملك بنفسه، فيستغنى عن قيام الدين السابق، ولا كذلك عقد الصلح. (ك)

(٥) قوله: "والاستيفاء [أى الدين إنما صار مستوفى مقبوضاً من حيث المقاصة دون القبض الصريح] إلخ" هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: هب أنه ملكه بعقده، ولكن إنما كان ببعض دين مشترك، وذلك يقتضى الاشتراك فى المقبوض، فكيف تقولون: لا سبيل للشريك على الثوب فى البيع. فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة، إذ البيع يقتضى ثبوت الثمن فى ذمة المشترى، والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافى ذلك لأن النقود عيناً كانت أو ديناً لا تتعين فى العقود. (نتائج)

(٦) قوله: "بالمقاصة إلخ" فإن قيل: إن قسمة الدين قبل القبض لا يصح، وفى المقاصة بدينه الخاص يلزمه قسمة الدين قبل القبض. قلنا: قسمة الدين قبل القبض إنما لا يجوز قصدا، أما ضمناً فجائز، وههنا وقعت قسمة الدين فى ضمن صحة الشراء كما وقعت فى المسألة الأولى فى ضمن صحة المصالحة. (ن)

(٧) قوله: "فى جميع ما ذكرنا" أى صورة الصلح على الثوب، وصورة أخذ الدين من الدراهم أو الدنانير، وصورة شراء السلعة. (عينى)

(٨) غريم.

(٩) أى الشريك الغير القابض.

(١٠) أى للقابض.

(١١) قوله: "ما قبض" وهو الثوب الذى هو بدل الصلح أو الثوب المشترى، أو الدراهم والدنانير المأخوذة. (مل)

(١٢) أى هلك، بأن مات مفلساً.

(١٣) أى للشريك الغير القابض.

(١٤) أى لأن الشريك الغير القابض.

(١٥) أى على أحد الشريكين.

(١٦) قوله: "من قبل" أى من قبل الدين المشترك، بأن أقر أحد الشريكين أن للمديون عليه حقا. (عينى)

(١٧) أى على ذلك الشريك.

وليس بقبض، ولو أبرأه[١] عن البعض كانت قسمة الباقي[٢] على ما بقى من السهام، ولو أخر أحدهما[٣] عن نصيبه صح عند أبى يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق[٤]، ولا يصح عندهما[٥]، لأنه[٦] يؤدى إلى قسمة الدين قبل القبض[٧].

ولو غصب أحدهما[٨] عينًا منه[٩]، أو اشتراه شراء فاسدًا، وهلك[١٠] في يده فهو قبض[١١]، والاستئجار بنصيبه قبض[١٢]، وكذا الإحراق[١٣] عند محمد، خلافًا

---

(١٨) قوله: "لأنه قاضٍ [أى مؤدٍ دين الغريم] بنصيبه لا مقتضٍ [أى مستوفٍ]" لأن آخر الدينين يصير قضاء عن أولهما، لأن القضاء لا يسبق الوجوب. (ك)

(١٩) أى لو أبرأ أحد الشريكين المديون.

(٢٠) أى لا يرجع عليه بشيء.

(٢١) أى لأن الإبراء.

(١) أى لو أبرأ أحد الشريكين المديون بعض نصيبه. (عينى)

(٢) قوله: "كانت قسمة الباقي [أى باقى الدين] على ما بقى إلخ" أى إذا كان الدين بين الشريكين نصفين، فأبرأه أحدهما عن نصف نصيبه وهو الربع قسم الباقى أثلاثًا، لأنه بقى ربع، وللآخر نصف. (شرح الوقاية)

(٣) أى لو أخر أحد الشريكين المطالبة عن المديون عن نصيبه.

(٤) يعنى أن التأخير إبراء مقيد، فيصح كالإبراء المطلق.

(٥) قوله: "ولا يصح عندهما" هذا الاختلاف فى إنشاء التأخير، وأما إذا أقر أحد الشريكين أن الدين مؤجل إلى سنة، وأنكر الآخر صح إقرار المقر فى نصيبه بالإجماع. (ن)

(٦) أى لأن تأخير أحد الشريكين عن نصيبه.

(٧) قوله: "يؤدى إلى قسمة الدين إلخ" إنما قلنا: إن هذا قسمة لأن نصيب أحدهما يصير مخالفًا لنصيب الآخر فى الوصف والحكم، أما فى الوصف فلأنه يقال لأحد النصيبين: حال، وللآخر مؤجل، وأما فى الحكم فلأن للساكت أن يطالب المديون بنصيبه فى الحال، وللمؤخر لا، والقسمة ليست إلا أن يصير أحد النصيبين مخالفًا للآخر، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز، لأن القسمة تمييز، وما فى الذمة لا يتصور فيه التمييز. ولأن فى القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضًا عما يتملكه عليه، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، لأن فى ذلك نقلا للوصف من محل إلى محل آخر قصدًا، والانتقال على الأوصاف محال، والدين وصف شرعى فى الذمة يظهر أثره عند المطالبة.

والفرق لأبى حنيفة ومحمد بين الإبراء الموقت والمؤبد حيث قالوا بصحة الإبراء هو أنه لا يبقى نصيبه بعد الإبراء أصلا، والقسمة إنما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما، وفى التأخير بقى نصيب كل واحد منهما فى أصل الدين على حاله حتى إن الآخر إذا قبض نصيبه، ثم حل الأجل كان للمؤخر أن يشاركه فى المقبوض، ويكون ما بقى مشتركًا بينهما.(ك)

(٨) الشريكين.

(٩) أى المديون.

(١٠) المغصوب أو المشترى.

(١١) قوله: "فهو قبض" لأن ضمان الهلاك قصاص بقدره من الدين، وهو آخر الدينين، فيعتبر قضاء الأول، فكأنه قبض نصيبه من الدين المشترك، فللآخر أن يرجع عليه بربع الدين. (مل)

(١٢) قوله: "والاستئجار إلخ" أى إن استأجر أحدهما من المديون دارًا بنصيبه من الدين وقبض، كان للساكت أن يأخذ منه ربع الدين. (عينى)

لأبي يوسف[١]، والتزوج به[٢] إتلاف[٣] في ظاهر الرواية، وكذا الصلح عليه[٤] عن جناية العمد[٥].

قال[٦]: وإذا كان السلم[٧] بين شريكين، فصالح أحدهما عن نصيبه[٨] على رأس المال[٩] لم يجز[١٠] عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبويوسف: يجوز الصلح[١١]، اعتباراً بسائر الديون، وبما إذا اشتريا عبداً، فأقال أحدهما في نصيبه[١٢]، ولهما أنه لو جاز[١٣] في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة[١٤]، ولو جاز[١٥]

---

(١٣) قوله: "وكذا الإحراق" أي لو أحرق أحدهما ثوب المديون وهو يساوي نصيب المحرق وهو نصف الدين، فعند محمد هذا قبض حتى يثبت للساكت أن يطالب بربع الدين، لأن الإحراق إتلاف مال مضمون، فيكون كالغصب، فيجعل المحرق مقتضيا، وقال أبو يوسف: لا يرجع عليه بشيء، لأنه متلف نصيبه بما صنع. (عيني)

(١) قوله: "خلافًا لأبي يوسف" قيل: صورة المسألة المختلف فيها ما إذا رمى بالنار على ثوب المديون، فأحرقه، وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه، فإن للشريك أن يتبع المحرق بالإجماع، لأنه حينئذ يكون الاستهلاك بعد الغصب. (ك)

(٢) قوله: "والتزوج به إلخ" يعني إذا تزوج أحد ربي الدين امرأة بنصيبه من دين لهما عليها لا يكون ذلك قبضا للدين بل هو إتلاف في ظاهر الرواية، واحترز به عن رواية بشر عن أبي يوسف أنه يرجع بنصف حقه لوقوع القبض بطريق المقاصة. وجه الظاهر أنه لم يسلم له شيء يمكن المشاركة فيه إذ البضع لا يحتمل الشركة، فلم يظهر معنى الزيادة، فصار كما لو أبرأ. (عيني)

(٣) قوله: "إتلاف" أي التزوج بنصيبه من الدين إتلاف حتى لا يرجع الآخر على المتزوج، وإنما قيد بنصيبه لأنه لو تزوج أحد الشريكين المديونة على خمس مائة، ونصيبه خمس مائة، ولكن لم تضف إلى الدين، فإنه ثمة يتبع الساكت الزوج، لأن الزوج صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة، فيرجع الساكت عليه، ولا كذلك إذا أضاف العقد إلى الدين، لأن النكاح تعلق به، فيسقط بنفس القبول، فصار بمنزلة الإبراء، وهناك لا يتبع، فكذا ههنا. (ك)

(٤) قوله: "وكذا [أي هو إتلاف لا قبض] الصلح عليه إلخ" لأنه لم يقبض شيئًا قابلا للشركة بل أتلف نصيبه، وقيد بقوله: عمدا، لأنه في الخطأ يرجع عليه. (ع)

(٥) قوله: "عن جناية العمد" بأن جنى أحد الشريكين على المديون عمدًا، فصالحه عنها على نصيبه. (كفاية)

(٦) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٧) أي المسلم فيه. (ك)

(٨) أي في المسلم فيه.

(٩) أي على أن يأخذ نصيبه من رأس المال، ويفسخ عقد السلم في نصيبه. (ع)

(١٠) قوله: "لم يجز" أي يتوقف الصلح عندهما على إجازة صاحبه، فإن أجاز نفذ عليهما، كأنهما صالحاه، وكان ما قبض بينهما، وما بقي من السلم بينهما، وإن رده بطل أصلا، وبقي الطعام كله بينهما. (ك)

(١١) قوله: "يجوز الصلح [لأنه تصرف في خالص حقه فيملكه. تبيين]" أي بين المصالح والمسلم إليه، لما أن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أي بدل كان عنده، ثم أحد ربي الدين إذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح، ويخير الآخر بين أن يشاركه في المقبوض، وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من ذلك الدين كذلك ههنا. (ك)

(١٢) فإنه يجوز في نصيبه بدون رضا الآخر. (كافي)

(١٣) هذا الصلح.

في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر[١]. بخلاف شرى العين[٢]، وهذا[٣] لأن المسلم فيه صار واجبًا بالعقد[٤]، والعقد قام بهما[٥]، فلا يتفرد أحدهما برفعه[٦]، ولأنه لو جاز[٧] لشاركه[٨] في المقبوض[٩]، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك[١٠]، فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه[١١]، قالوا[١٢]: هذا إذا خلطا[١٣] رأس المال[١٤]، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف[١٥]، وعلى

(١٤) قوله: "يكون قسمة الدين [أي قبل القبض] إلخ" لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلى بالتمييز، ولا تمييز إلا بالقسمة. (عيني)

(١٥) هذا الصلح.

(١) ولم توجد.

(٢) قوله: "بخلاف شرى العين" جواب لقول أبي يوسف، وبما إذا اشتريا عبدًا، فأقال أحدهما، أي الإقالة في العين تصرف في الحكم في حالة البقاء، وذلك يستغني عن العقد، وههنا التصرف في إبطاله واقع في العقد، وهو ينعقد بهما، فلا يجوز أن يتفرد أحدهما بالإبطال باعتبار تصرفه في حكمه في حال ثبوته، إذ حالة الدين كحالة الوجود إلى أن يقبض، والحكم يفتقر إلى العلة ثبوتًا وزوالا. (ك)

(٣) وجه الفرق بين السلم وشراء العين.

(٤) قوله: "واجبًا بالعقد" لأنه لم يكن موجودا قبل العقد، وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد، والعقد قام بهما إلخ. (تبيين)

(٥) أي الشريكين.

(٦) العقد.

(٧) قوله: "ولأنه لو جاز [أي هذا الصلح أي لو جاز الصلح]" من أحدهما يؤدي إلى أن يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه، ويتقرر في رأس المال، ثم يعود في المسلم فيه، وذا لا يجوز، وهذا لأن الآخر إذا اختار المشاركة في المقبوض مع المصالح كان ما بقي من طعام السلم مشتركا بينهما، وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه، وتقرر في رأس المال، فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه، لأنه لو عاد لعاد بعد بطلان الإقالة، والإقالة في باب السلم لا تحتمل الإبطال. (كفاية)

(٨) الشريك الآخر، لأن الصفقة واحدة، وهي مشتركة بينهما. (عناية)

(٩) من رأس المال.

(١٠) أي بذلك القدر من المسلم فيه.

(١١) وهو لا يعود بعد سقوطه.

(١٢) أي المتأخرون من المشايخ.

(١٣) قوله: "هذا إذا إلخ" هذا الخلاف فيما إذا خلطا رأس المال وعقدا عقد السلم، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول، وهو ما ذكر أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة، هو على الخلاف، لأن دلالة الوجه الأول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه، وعلى الوجه الثاني وهو ما ذكر أنه لو جاز لشاركه في المقبوض، وهو على الاتفاق. أي جوابهما ههنا كجواب أبي يوسف، لأن ذلك إنما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض، وليس له حق المشاركة ههنا إذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال، والصحيح أن الخلاف في الفصلين ثابت، إلا أن عدم جواز الصلح فيما إذا خلطا بعلتين، وفيما إذا لم يخلطا بعلة واحدة. (ك)

(١٤) ونقد كل واحد منهما على حدة.

الوجه الثاني هو على الاتفاق[١].

فصل في التخارج[٢]

قال[٣]: وإذا كانت التركة بين ورثة، فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه، والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرًا؛ لأنه أمكن[٤] تصحيحه بيعًا[٥]، وفيه[٦] أثر عثمان، فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف[٧] عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار*.

قال[٨]: وإن كانت التركة فضةً، فأعطوه ذهبًا، أو كان ذهبًا فأعطوه فضةً فكذلك[٩]؛ لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس، فلا يعتبر التساوي، ويعتبر التقابض في المجلس، لأنه صرف غير أن الذي[١٠] في يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض[١١]، لأنه[١٢] قبض ضمان، فينوب[١٣] عن قبض الصلح[١٤]، وإن كان مقرًا لا

---

(١٥) المذكور.

(١) قوله: "هو على الاتفاق" أي صح صلح أحدهما على الاتفاق على رأس ماله لأن رأس المال إذا لم يكن مخلوطًا، وقبضه صاحبه لم يكن لشريكه أن يشاركه فيه، لأنه لا حق له فيه، لأنه مال الغير. (عيني)

(٢) قوله: "فصل في التخارج" التخارج من الخروج، وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم، ووجه تأخيره قلة وقوعه، فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من البين بغير استيفاء حقه، وسببه طلب الخارج من الورثة، وذلك عند رضا غيره، وله شروط تذكر في أثناء المسألة. (ع)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "لأنه أمكن إلخ" إنما تعين البيع فيه للجواز دون الإبراء عما زاد من نصيبه لأنا لو قلنا بالإبراء يلزم الإبراء عن الأعيان الغير المضمونة، وهو لا يصح، فتعين البيع. (كفاية)

(٥) قوله: "بيعًا" فإن قلت: لو كان بيعًا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة، لأن جهالته تفسد البيع، أجيب بأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تفسد البيع دون غيرها. (ع)

(٦) أي في جواز التخارج.

(٧) قوله: "فإنه صالح تماضر إلخ" هذا يؤمي إلى أن عبد الرحمن بن عوف لما مات كان له أربع نسوة، وإحدى نسائها صالحت عن حصتها، أي ربع ثمنها لوجود الأولاد على ثمانين ألف دينار، وهذا غريب.

وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن عمرو بن دينار أن إحدى نسائه الثلاث صالحت عن ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم، وروى الواقدي أنه كانت له أربع تسوة، وإحدى نسائه صالحت عن ربع الثمن بمائة ألف.

وروى الإمام محمد في "الأصل": أن إحدى نسائه صالحت على ثلاثة وثمانين ألفًا على أن أخرجوها من الميراث، ولم يبين أنها دراهم أو دنانير. وقال شمس الأئمة السرخسي: إنه كان له أربع نسوة، وإحدى نسائه صالحت عن ربع الثمن على الشطر من حصتها، وهو كان ثلاثة وثمانين ألفًا، هذا. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٢، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٤٧ ص١٨٠. (نعيم)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٩) أي جاز قليلا كان أو كثيرًا.

(١٠) أي الوارث الذي.

بد من تجديد القبض[١]، لأنه قبض أمانة، فلا ينوب عن قبض الصلح.

وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك، فصالحوه على فضة، أو ذهب، فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه[٢] من ذلك الجنس[٣]، حتى يكون نصيبه بمثله، والزيادة لحقه من بقية التركة؛ احترازًا عن الربا[٤]، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة، لأنه صرف في هذا القدر، ولو كان بدل الصلح عرضًا جاز مطلقًا[٥] لعدم الربا[٦].

ولو كان في التركة الدراهم والدنانير، وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضًا جاز الصلح كيف ما كان[٧]، صرفًا للجنس إلى خلاف الجنس[٨]، كما في البيع[٩]، لكن يشترط التقابض[١٠] للصرف.

قال[١١]: وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه[١٢] في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه، ويكون الدين لهم فالصلح باطل[١٣]، لأن فيه[١٤] تمليك الدين

---

(١١) أي القبض السابق يعني لا يحتاج إلى تجديد القبض؛ لكون التركة في يده. (عيني)

(١٢) لأن الأمانة بالجحود مضمونة.

(١٣) قوله: "فينوب إلخ" الأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإن اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون. (كفاية)

(١٤) لأنه قبض ضمان.

(١) قوله: "لا بد من تجديد القبض" وهو أن يرجع إلى موضع فيه العين، ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه. (ك)

(٢) قوله: "فلا بد أن يكون إلخ" قال الحاكم أبو الفضل: إنما يبطل الصلح على مثل نصيبه، أو أقل من مال الربا في حال التصادق، وأما في حال المناكرة فالصلح جائز، لأنه يعطي المال لدفع الخصومة، فلا يتمكن فيه الربا، وقيل: إنه باطل في الوجهين، لأنه معاوضة في حق المدعي، فيتمكن فيه الربا. (ك)

(٣) فإذا كان مساويًا لنصيبه، أو أقل، أو لم يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح. (ع)

(٤) قوله: "احترازًا عن الربا" لأنه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الإبراء، لأن الإبراء عن الأعيان باطل، لأن الإسقاط إنما يستعمل في الديون لا في الأعيان، وهنا عين، فتعين تجويزه بطريق المعاوضة، ولا يمكن ههنا، لأنه يبقى شيء من التركة بلا ثمن في ضمن المعاوضة، فيكون ربا، فلا بد من أن يزيد على نصيبه، حتى ينتفي الربا. (كفاية)

(٥) قوله: "جاز مطلقًا" أي قل بدل الصلح أو كثر، وجد التقابض في المجلس أو لم يوجد. (ن)

(٦) وليس هو بصرف.

(٧) قوله: "كيف ما كان" يعني بلا اشتراط التساوي في الجنس، والزيادة على ذلك قل بدل الصلح أو كثر. (مل)

(٨) تصحيحًا للعقد.

(٩) قوله: "كما في البيع" حيث يصرف الجنس إلى خلاف الجنس تحرزًا عن الربا. (مل)

(١٠) في المجلس.

(١١) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(١٢) أي الدين.

من غير من عليه[١]، وهو حصة المصالح.

وإن شرطوا[٢] أن يبرئ[٣] الغرماء منه، ولا يرجع[٤] عليهم[٥] بنصيب المصالح فالصلح جائز؛ لأنه إسقاط[٦] أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين[٧]، وهو جائز، وهذه حيلة الجواز. وأخرى[٨] أن يعجلوا[٩] قضاء نصيبه[١٠] متبرعين، وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة[١١]، والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه[١٢]، ويصالحوا عما وراء الدين، ويحيلهم على استيفاء نصيبه[١٣] من الغرماء[١٤]، ولو لم يكن في التركة دين، وأعيانها[١٥] غير معلومة، والصلح على المكيل والموزون[١٦]، قيل[١٧]: لا يجوز لاحتمال الربا[١٨]، وقيل: يجوز[١٩]؛ لأنه شبهة الشبهة[٢٠].

---

(١٣) قوله: "فالصلح باطل" أى فى الكل فى الدين والعين جميعًا، أما فى حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين، وأما فى حصة العين فلأن الصلح لما فسد فى حصة الدين يفسد فى حصة العين أيضًا لاتحاد الصفقة. (ك)

(١٤) قوله: "لأن فيه" أى لأن المصالح يصير مملكًا نصيبه من الدين من سائر الورثة بما يأخذ منهم من العين. (كافى)

(١) وهو باطل.

(٢) ورثة.

(٣) المصالح.

(٤) أى أحد من الورثة.

(٥) أى على الغرماء.

(٦) من ذمة المديون.

(٧) وهم الغرماء.

(٨) أى حيلة أخرى.

(٩) الورثة.

(١٠) أى المصالح من الدين.

(١١) قوله: "ضرر لبقية إلخ" أما فى الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفى الثانى لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين، وهو نسيئة، والنقد خير من الدين. (كافى)

(١٢) أى المصالح من الدين.

(١٣) قوله: "ويحيلهم [أى المصالح الورثة] إلخ" فيدفع عنهم ضرر إقراضه، وينتفعون بمصالحته عما وراء الدين. (مل)

(١٤) أى نصيب المصالح من الديون. (ك)

(١٥) أى التركة.

(١٦) قوله: "والصلح على المكيل إلخ" أى صالح بعض الورثة من نصيبه على كيلى كالحنطة والشعير، ووزنى كالحديد والصفر. (عينى)

(١٧) هو قول الإمام ظهير الدين المرغينانى. (ك)

(١٨) قوله: "لاحتمال الربا" لأنه يجوز أن يكون فى التركة كيلى أو وزنى، وبدل الصح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل، لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح بكون ربا. (غن)

ولو كانت التركة غير المكيل والموزون، لكنها أعيان غير معلومة[١] قيل: لا يجوز لكونه بيعًا[٢]، إذ المصالح عنه عين، والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضى إلى المنازعة[٣] لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة[٤].

وإن كان على الميت دين مستغرق[٥] لا يجوز الصلح ولا القسمة، لأن التركة لم يتملكها الوارث[٦].

وإن لم يكن[٧] مستغرقًا لا ينبغى أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم جهة[٨] الميت، ولو فعلوا[٩] قالوا: يجوز[١٠]، وذكر الكرخى فى القسمة[١١] أنها لا تجوز[١٢] استحسانًا، وتجوز قياسًا[١٣].

---

(١٩) قوله: "وقيل: يجوز إلخ" وهو قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى، فقال: يجوز هذا الصلح لأنه يحتمل أن لا يكون فى التركة من جنس بدل الصلح، وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه أقل من بدل الصلح، فكان القول بعدم الجواز مؤديا إلى اعتبار شبهة الشبهة، وهى ساقطة الاعتبار.

وفى "فتاوى قاضى خان": والصحيح ما قاله الفقيه أبو جعفر، لأن الثابت ههنا شبهة الشبهة، وذلك لا يعتبر. (ك)

(٢٠) قوله: "لأنه شبهة الشبهة [وإنما المعتبر الشبهة]" وذلك لأنه لو علم عيان التركة ولكن جهل قدر بدل الصلح من نصيب المصالح يكون شبهة، فإذا لم يعلم أعيان التركة يكون شبهة الشبهة، لأنه يحتمل أن يكون فى التركة كيلى ووزنى، ويحتمل أن لا يكون. (عينى)

(١) فصالحوا على مكيل أو موزون، أو غير ذلك. (ع)

(٢) قوله: "لكونه [أى الصلح] بيعًا [وبيع المجهول لا يصح]" إذ لا يصح أن يكون إبراء، لأن المصالح عنه عين، والإبراء عن العين لا يجوز. (عناية)

(٣) قوله: "لأنها [أى الجهالة] لا تفضى إلخ" ونفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع بل الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة، ألا ترى أنه لو باع قفيزاً من صبرة يجوز البيع مع الجهالة، ولو كان بعض التركة فى يد المصالح، ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز، لأنه يحتاج إلى التسليم، فيفضى إلى المنازعة. (ك)

(٤) ولا يطلبون شيئًا آخر من المصالح بمقابلة بدل الصلح.

(٥) للتركة، استغراق همه را فرا گرفتن. (م)

(٦) قوله: "لم يتملكها إلخ" لأن الدين المستغرق يمنع وقوع الملك فى التركة عندنا. (ك)

(٧) الدين.

(٨) وفى نسخة: فيتقدم حاجة.

(٩) فيما إذا لم يكن التركة مستغرقة للدين.

(١٠) لأن القليل لا يمنع الإرث.

(١١) أى قسمة التركة.

(١٢) قوله: "لا تجوز إلخ" وجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين، فلا يجوز القسمة قبل قضاءه، ووجه القياس أن التركة لا تخلو عن قليل الدين، فتقسم نفيا للضرر عن الورثة. (ع)

(١٣) ويحبس قدر الدين للغرماء. (ك)

كتاب المضاربة[١]

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض[٢] سمى[٣] به لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله[٤]، وهى مشروعة للحاجة إليها[٥]، فإن الناس بين غنى بالمال غبى عن التصرف فيه، وبين مهتدٍ فى التصرف صفر اليد عنه[٦]، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف، لينتظم مصلحة الغبى والذكى، والفقير والغنى، وبُعث النبى ﷺ والناس[٧] يباشرونه، فقررهم عليه، وتعاملت[٨] به[٩] الصحابة[١٠]*.

ثم المدفوع إلى المضارب أمانة فى يده، لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل[١١] والوثيقة[١٢]، وهو وكيل فيه[١٣]، لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءً من المال بعمله[١٤]، فإذا فسدت[١٥] ظهرت الإجارة[١٦] حتى استوجب العامل أجر مثله، وإذا خالف[١٧] كان غاصبًا لوجود التعدى منه على مال

---

(١) قوله: "كتاب المضاربة [قد ذكرنا وجه المناسبة فى أول الإقرار فلا يحتاج إلى الإعادة. عناية]" فى الشرع عبارة عن عقد الشركة بمال من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر.

وركنها الإيجاب والقبول، كما إذا قال رب المال: دفعت هذا المال إليك مضاربة أو معاملة بالنصف، ويقول المضارب: قبلت، أو ما يؤدى هذا المعنى، وشرطها أن يكون رأس المال من الأثمان، فلا يصح إلا بالمال الذى يصح به الشركة، وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيها، وحكمه الوكالة عند الدفع، والشركة بعد الربح. (ع)

(٢) أى السفر فى الأرض للتجارة.

(٣) هذا العقد.

(٤) قوله: "بسعيه وعمله" فيه مناقشة لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئًا، والكلام الموجه أن يقال: إن المضارب يسير فى الأرض طلبًا للربح. (عينى)

(٥) من الجانبين.

(٦) أى خالى عن المال.

(٧) الواو حالية.

(٨) من غير نكير، فكان إجماعًا. (عناية)

(٩) أى بعقد المضاربة.

(١٠) كعمر وعثمان وأبى موسى الأشعرى وغيرهم رضى الله عنهم، كذا قال الزيلعى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٣، وانظر الدراية ج٢تحت فى كتاب المضاربة والوديعة والعارية ص ١٨١. (نعيم)

(١١) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء. (ك)

(١٢) احتراز عن الرهن. (ك)

(١٣) أى المال.

(١٤) وهو الربح.

(١٥) المضاربة.

(١٦) لأنه يعمل لرب المال فى ماله.

غيره[١]* . قال[٢] : المضاربة[٣] عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين، ومراده الشركة فى الربح[٤]، وهو يستحق[٥] بالمال من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر[٦]، ولا مضاربة بدونها، ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً.

قال[٧] : ولا تصح إلا بالمال الذى تصح به الشركة[٨]، وقد تقدم بيانه من قبل[٩]، ولو دفع إليه عرضاً، وقال: بعه، واعمل مضاربة فى ثمنه جاز[١٠]، لأنه[١١] يقبل الإضافة[١٢] من حيث إنه توكيل[١٣] وإجارة[١٤]، فلا مانع من الصحة، وكذا إذا قال له[١٥] : اقبض مالى على فلان، واعمل به مضاربة جاز[١٦] لما قلنا[١٧].

---

(١٧) المضارب.

(١) فيصير المال مضموناً عليه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٣، والدراية ج٢، الحديث٨٤٨ ص١٨١. (نعيم)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) هذا تعريف اصطلاحى.

(٤) أى لا فى رأس المال والربح، فإن رأس المال كله لرب المال. (ع)

(٥) الربح.

(٦) المضارب.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(٨) قوله: "إلا بالمال الذى إلخ" وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبى حنيفة وأبى يوسف، أو فلوساً رابحةً عند محمد، حتى إن المضاربة بما سوى هذه الأشياء لا تجوز إجماعاً. (ك)

(٩) أى فى باب الشركة.

(١٠) قوله: "جاز" وقال الشافعى: لا يجوز، لأن فيه إضافة عقد المضاربة إلى ما بعد البيع، وقبض الثمن، ولنا أنه وكله ببيع العروض أولاً، وهو كبيعه من نفسه، ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض فى يده، فوجب القول بجوازه. (تبيين)

(١١) عقد المضاربة.

(١٢) إلى الزمان المستقبل، فيكون المضاربة مضافة إلى ثمن العروض، والثمن يصح به المضاربة. (ك)

(١٣) قوله: "من حيث إنه توكيل [حال صحته. نت] إلخ" صورة إضافة التوكيل إلى المستقبل أن يقول: وكلتك بأن تبيع عبدى هذا غداً، فإنه يصير وكيلا غداً وبعده، ولا يصير وكيلا قبل الغد، وصورة إضافة الإجارة أن يقول: آجرتك دارى غداً، فإن الإجارة تنعقد عند مجيء الغد لا قبله. (عينى)

(١٤) حال فساده. (نت)

(١٥) أى للمضارب. (ع)

(١٦) قوله: "جاز" لأنه أضاف المضاربة إلى حالة القبض، وفى تلك الحالة يصير الدين عيناً، وإنما شرط كون رأس المال عيناً لأن المضاربة لاستعمال المال، وإنما يتصور ذلك فى العين. (ك)

بخلاف ما إذا قال: اعمل بالدين الذى فى ذمتك[١] حيث لا يصح المضاربة[٢]، لأن عند أبى حنيفة لا يصح هذا التوكيل[٣] على ما مر فى البيوع[٤]، وعندهما يصح لكن يقع الملك فى المشترى للآمر، فتصير مضاربة بالعرض[٥].

قال[٦]: ومن شرطها أن يكون الربح بينهما[٧] مشاعًا لا يستحق أحدهما دراهم مسمّاة من الربح، لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما، ولا بد[٨] منها[٩] كما فى عقد الشركة[١٠]. قال[١١]: فإن شرط[١٢] زيادة عشرة[١٣] فله[١٤] أجر مثله لفساده[١٥]،

---

(١٧) إشارة إلى قوله: لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل. (ن)

(١) قوله: "اعمل إلخ" أى اشتر بالدين الذى عليك ما بدا لك من المتاع، ثم بعه بالنصف، فهذا فاسد، لأن صحة المضاربة أن يكون رأس المال عينًا، ولم يوجد ذلك عند العقد ولا بعده، وإذا لم تصح المضاربة فما اشتراه المديون فهو له، ولا شيء لرب المال منه عند أبى حنيفة، فدينه عليه بحاله، وفى قولهما ما اشترى فهو لرب المال، والمضارب برىء من دينه، وله على رب المال أجر مثله فيما عمل، وهو بناء على مسألة كتاب البيوع. (ك)

(٢) بالاتفاق. (ع)

(٣) قوله: "لأن عند إلخ" أى لأن المضاربة توكيل بالشراء، والتوكيل بالشراء بدين فى ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع والمبيع. (تبيين)

(٤) قوله: "فى البيوع [وفى نسخة: فى الوكالة]" أى فى باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة، لا من كتاب البيوع، وهو قوله: قال: من له على آخر ألف، فأمره أن يشترى بها هذا العبد إلى آخره. (ن)

(٥) فتصير فاسدة.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) رب المال والمضارب.

(٨) الواو حالية.

(٩) شركة.

(١٠) قوله: "كما فى عقد الشركة" حيث لا يكون عقد من عقود الشركة إلا بالاشتراك. (عينى)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٢) قوله: "فإن شرط [أى فى العقد] إلخ" الفاء فى قوله: فإن شرط زيادة عشرة للتفريع، والمقصود بالمسألة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحد المتعاقدين، وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل، فكأنه قال: إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسمّاة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل إلا أنه ذكر فى التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هى المذكورة فى مسألة "الجامع الصغير" على سبيل التمثيل، لا على سبيل الحصر فيها. ومن عادة المصنف أن لا يغير المسألة التى أخذها من "الجامع الصغير"، أو من "مختصر القدورى"، ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة، بأن قال فى تعليل المسألة: وهذا هو الحكم فى كل موضع لم يصح المضاربة. (نتائج الأفكار)

(١٣) قوله: "زيادة عشرة" يعنى إذا قال: على أن ما رزق الله فى ذلك من شيء فللمضارب منه عشرة، والباقى من الربح بيننا نصفان، فهذه مضاربة فاسدة، لأن هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما فى الربح مع حصوله، وربما لا يربح إلا مقدار العشرة. (ك)

(١٤) أى العامل.

فلعله[١] لا يربح إلا هذا القدر، فيقطع الشركة في الربح، وهذا[٢] لأنه[٣] ابتغى عن منافعه عوضًا، ولم ينل لفساده[٤]، والربح لرب المال ؛ لأنه نماء ملكه، وهذا[٥] هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة، ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط[٦] عند أبي يوسف خلافًا لمحمد[٧]، كما بينا في الشركة[٨]. ويجب الأجر[٩] وإن لم يربح[١٠] في رواية الأصل[١١]، لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع[١٢] أو العمل[١٣]، وقد وجد[١٤]. وعن أبي يوسف أنه لا يجب[١٥] اعتباراً[١٦] بالمضاربة الصحيحة[١٧] مع أنها[١٨] فوقها[١٩]، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة، ولأنه عين[٢٠] مستأجرة[٢١] في يده[٢٢]، وكل شرط[٢٣] يوجب جهالة[٢٤]

---

(١٥) أي فساد عقد المضاربة.

(١) المضارب.

(٢) أي وجوب أجر المثل. (ع)

(٣) المضارب.

(٤) أي العقد.

(٥) أي وجوب أجر المثل.

(٦) قوله: "القدر المشروط" يعني بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة، لأن ذلك يغير المشروع، فجرى وجوده مجرى عدمه. (ك)

(٧) فإن عنده يجب بالغًا ما بلغ. (ع)

(٨) أي في شركة الاحتطاب والاحتشاش. (ك)

(٩) في المضاربة الفاسدة.

(١٠) المضارب.

(١١) أي المبسوط.

(١٢) كما في الأجير الخاص، فإن تسليم نفسه تسليم منافعه.

(١٣) كما في الأجير المشترك.

(١٤) العمل.

(١٥) الأجر.

(١٦) قوله: "اعتباراً إلخ" فإذا لم يجب شيء في الصحيحة إذا لم يربح ففي الفاسدة أولى أن لا يجب.(ب)

(١٧) قوله: "بالمضاربة الصحيحة" لأن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبدًا من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد، وجه ظاهر الرواية: أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع، وهذه المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة، والفاسدة تنعقد إجارة لا شركة، وإنما اعتبر الفاسد بالصحيح في حكم عدم الضمان، لأن الإجارة توافق الشركة في حكم عدم الضمان. (ك)

(١٨) أي الصحيحة.

(١٩) أي الفاسدة في إمضاء حكمها. (ك)

فى الربح يفسده[١] لاختلال مقصوده[٢]، وغير ذلك[٣] من الشروط الفاسدة لا يفسدها[٤]، ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة[٥] على المضارب.

قال[٦]: ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب، ولا يد[٧] لرب المال فيه؛ لأن المال أمانة فى يده، فلا بد من التسليم إليه، وهذا بخلاف الشركة، لأن المال فى المضاربة من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر، فلا بد من أن يخلص المال للعامل[٨]، ليتمكن من التصرف فيه. أما العمل فى الشركة من الجانبين، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم ينعقد الشركة[٩]، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد[١٠]، لأنه يمنع خلوص يد المضارب، فلا يتمكن[١١] من التصرف، فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك[١٢] عاقداً أو غير عاقد كالصغير[١٣]، لأن يد المال ثابت

---

(٢٠) قوله: "لأنه [أى المال] عين إلخ" أى لأنه عين استؤجر المضارب ليعمل به، فلا يكون مضموناً عليه كأجير الواحد. (كافى)

(٢١) قوله: "مستأجرة إلخ" المستأجر فى الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمى العين مستأجراً لعمل المضارب فيه. (تاج الشريعة)

(٢٢) أى المضارب

(٢٣) قوله: "وكل شرط إلخ" لما كان من الشروط ما يفسد العقد، ومنها ما يبطل فى نفسه، وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلى فقال: وكل إلخ. (ع)

(٢٤) قوله: "يوجب جهالة إلخ" نحو أن يعقد عقد المضاربة بشرط أن يدفع المضارب أرضه سنة إلى رب المال ليزرعها رب المال أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة، فسد المضاربة لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة الدار، فصار حصة العمل مجهولة فلم يصح. (ك)

(١) قوله: "يفسده" أى يفسد عقد المضاربة، لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد.(ن)

(٢) أى الربح.

(٣) قوله: "وغير ذلك" أى غير الشرط الفاسد الذى يوجب جهالة فى الربح. (نهاية)

(٤) فيصح العقد.

(٥) قوله: "كاشتراط الوضيعة" أى الخسران، وقيل: الوضيعة اسم لجزء هالك من المال. (عينى)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) أى بتصرف.

(٨) وبقاء يد الغير يمنع الخلوص.

(٩) قوله: "لم ينعقد إلخ" لأنها انعقدت على العمل بينهما، فمتى شرط انتفاء يد رب المال لم ينعقد أصلا.(ب)

(١٠) أى مانع عن تحققه. (ع)

(١١) المضارب.

(١٢) رب المال.

(١٣) قوله: "أو غير عاقد كالصغير" صورته أن الأب أو الوصى إذا دفعا مال الصغير مضاربة، وشرطا عمل الصغير

له[١]، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب.

وكذا[٢] أحد المتفاوضين[٣] وأحد شريكى العنان إذا دفع المال مضاربة، وشرط عمل صاحبه لقيام الملك[٤] له[٥] وإن[٦] لم يكن عاقدًا، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب و[٧]هو[٨] غير مالك يفسده[٩] إن لم يكن[١٠] من أهل المضاربة فيه[١١] كالمأذون[١٢]، بخلاف الأب والوصى[١٣]؛ لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما، فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال[١٤].

لا يجوز، لأن الصغير إذا كان مالكًا كانت يده على المال كالكبير، فبقاء يده يمنع كونه مسلمًا إلى المضارب. (ن)

(١) أى للمال. (مير جان)

(٢) أى فسدت المضاربة.

(٣) قوله: "المتفاوضين" شركة المفاوضة هى شركة متساويين من جهة المال، أى الدراهم والدنانير، ومن جهة الحرية ومن جهة الدين، وتتضمن الوكالة والكفالة، فكل منهما وكيل من الآخر كفيل له، وشركة العنان هى شركة فى كل تجارة، أو فى نوع من أنواع التجارة، وتصح ببعض مال أحد الشريكين، ومع فضل مال أحدهما، ومع تساوى ماليهما مع تفاوت الربح بينهما، ومع تفاوت ماليهما بتساوى الربح بينهما، ومع كون أحد المالين دراهم والآخر دنانير.

والخلط فيه ليس بشرط، وكل من شريكى العنان مطالب بثمن مشريه لا بثمن مشرى الآخر، فإن هذه الشركة لا تتضمن الكفالة، ثم يرجع على شريكه بحصة من الثمن، إن أداه من مال نفسه، لأنه وكيل بالشراء من جهة شريكه، والوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل، كذا قال على القارى فى "شرح النقاية".

قوله: "المتفاوضين" المفاوضة المساواة من التفويض كان كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه، والعنان من العن، أى الحبس، فكأنه حبس ماله عن الشركة، أو شريكه عن بعض التجارات فى ماله.

(٤) تعليل للفساد.

(٥) أى لذلك الصاحب.

(٦) الواو وصلية.

(٧) الواو حالية.

(٨) أى العاقد.

(٩) عقد المضاربة.

(١٠) ذلك العاقد.

(١١) أى فى هذا المال.

(١٢) قوله: "كالمأذون" يدفع مالا مضاربة، ويشترط عمله مع المضارب، لأن المأذون وإن لم يكن مالكًا لذاته، ولكن يد التصرف له ثابتة، فتنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف، فكان قيام يده مانعًا لصحة المضاربة. (مل)

(١٣) قوله: "بخلاف الأب والوصى" إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل بأنفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز. (عينى)

(١٤) قوله: "فكذا [أى يصح] إلخ" أى فكذا اشتراط العمل عليهما بجزء من المال، أى بجزء من الربح، لأن كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز أن يكون فيه مضاربا مع غيره، وهذا لأن تصرف الأب أو الوصى واقع للصغير حكمًا بطريق نيابة، فصار دفعه كدفع الصغير، وشرطه كشرطه، فيشترط التخلية من قبل الصغير، لأنه رب المال، وقد تحققت. (ك)

قال[١]: وإذا صحت المضاربة مطلقة[٢] جاز للمضارب أن يبيع[٣]، ويشترى[٤]، ويوكل، ويسافر، ويبضع[٥]، ويودع؛ لإطلاق العقد[٦]، والمقصود منه الاسترباح، ولا يتحصل[٧] إلا بالتجارة، فينتظم العقد صنوف التجارة، وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعه، وكذا الإيداع والإبضاع والمسافرة[٨]، ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى[٩] كيف[١٠]، وأن[١١] اللفظ[١٢] دليل عليه[١٣]، لأنها مشتقة من الضرب فى الأرض، وهو السير. وعن أبى يوسف أنه ليس له أن يسافر[١٤]، وعنه عن أبى حنيفة أنه إن دفع فى بلده[١٥] ليس له أن يسافر به، لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة، وإن دفع فى غير بلده له أن يسافر[١٦] إلى بلده لأنه هو المراد فى الغالب، [١٧] والظاهر ما ذكر[١٨] فى الكتاب[١٩].

قال[٢٠]: ولا يضارب[٢١] إلا أن يأذن له رب المال، أو يقول له: اعمل برأيك؛

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "مطلقة [غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة والشخص]" نحو أن يقول: دفعت إليك هذا المال مضاربة، ولم يزد على ذلك. (ف)

(٣) نقداً أو نسيئةً. (ف)

(٤) ما بدا له. (ف)

(٥) قوله: "ويبضع" الإبضاع هو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر والربح كله لرب المال، فالدفع إلى الآخر من قبيل الاستعانة.

(٦) أى عقد المضاربة.

(٧) الاسترباح.

(٨) أى السفر.

(٩) بأن يسافر.

(١٠) أى كيف لا يسافر.

(١١) الواو حالية.

(١٢) أى لفظ المضاربة.

(١٣) أى على السفر.

(١٤) هذا فيما له حمل ومؤنة، بناء على قوله فى الوديعة، كذا فى "المبسوط". (ك)

(١٥) أى المضارب.

(١٦) قوله: "أن يسافر إلخ" لأن الظاهر أن صاحبه رضى به إذ الإنسان لا يستقيم بدار الغربة دائمًا فى الغالب، وأعطاه المال مضاربة فى هذه الحالة مع علمه بحاله يدل على رضاه بالسفر إلى بلده. (تبين)

(١٧) أى ظاهر الرواية.

(١٨) أى جواز السفر.

(١٩) أى مختصر القدورى.

لأن الشيء لا يتضمن مثله[١] لتساويهما[٢] في القوة، فلا بد من التنصيص عليه[٣]، أو التفويض[٤] المطلق إليه، وكان[٥] كالتوكيل، فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله به، إلا إذا قيل له: اعمل برأيك. بخلاف الإيداع والإبضاع؛ لأنه دونه[٦] فيتضمنه، وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه[٧] وإن[٨] قيل له: اعمل برأيك، لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار، وليس الإقراض منه، وهو تبرع كالهبة والصدقة، فلا يحصل به الغرض[٩]، وهو الربح، لأنه لا يجوز الزيادة عليه، أما الدفع مضاربة، فمن صنيعهم[١٠]، و كذا الشركة والخلط بمال نفسه، فيدخل تحت هذا القول[١١].

قال[١٢]: وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه[١٣]، أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها؛ لأنه[١٤] توكيل، وفي التخصيص فائدة[١٥]، فيتخصص، وكذا

---

(٢٠) أي القدوري. (عيني)

(٢١) أي لا يجوز له أن يعطي المال مضاربة.

(١) قوله: "لأن الشيء لا يتضمن إلخ" هذا بخلاف المستعير والمكاتب، فإنهما يملكان الإعارة والكتابة، لأن الكلام في التصرف نيابة، ويتصرفان لحكم المالكية لا لحكم النيابة، إذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حراً يداً، والمضارب يعمل بطريق النيابة، فلا بد من التنصيص عليه، أو التفويض المطلق إليه. (ك)

(٢) الشيئين المتماثلين.

(٣) بالإذن.

(٤) بقوله: اعمل برأيك.

(٥) أمر المضاربة.

(٦) قوله: "لأنه دونه [أي دون عقد المضاربة]" أي لأن حكمهما دون حكم المضاربة، فيتضمنه، أي إذا كان كذلك، فيتضمن حكم المضاربة حكم الإيداع والإبضاع. (عيني)

(٧) المضارب.

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "فلا يحصل به [أي بالقرض. ك] إلخ" لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط أو غيره، وهذا بخلاف الإيداع، فإن المضارب يملكه وإن لم يحصل به الربح لأن في الإيداع حفظ المال، وهو من صنيع التجار. (ك)

(١٠) أي التجار.

(١١) قوله: "تحت هذا القول" أي اعمل برأيك، لأن الشركة والخلط بماله من صنيع التجار، فيملكها المضارب عند هذ القول. (ن)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "في بلد بعينه" احتراز عن سوق بعينه، فإن ذلك غير مفيد حتى جاز له أن يتجاوز السوق التي عينها، إلا إذا صرح التخصيص بطريق النهي، فقال: لا تعمل في غير هذا السوق، فحينئذ يتقيد بذلك السوق التي عينها على ما ذكره.(ن)

ليس له[1] أن يدفعه[2] بضاعة[3] إلى من يخرجها[4] من تلك البلدة[5]؛ لأنه[6] لا يملك الإخراج بنفسه، فلا يملك تفويضه[7] إلى غيره.

قال[8]: فإن خرج إلى غير تلك البلدة[9]، فاشترى ضمن، وكان ذلك[10] له[11] وله ربحه[12]؛ لأنه تصرف بغير أمره[13]، وإن لم يشترِ حتى رده إلى الكوفة وهي[14] التي عينها[15] برئ[16] من الضمان[17]، كالمودع إذا خالف في الوديعة، ثم ترك[18]. ورجع[19] المال مضاربة على حاله؛ لبقاءه في يده[20] بالعقد السابق، وكذا إذا رد بعضه[21]، واشترى ببعضه[22] في المصر كان المردود، والمشترى في المصر[23]

---

(١٤) أي عقد المضاربة.

(١٥) قوله: "فائدة" وهي صيانة ماله عن خطر الطريق، وصيانة ماله عن خيانة المضارب، حيث أمكنه المنع عنها، واختلاف الأسعار باختلاف البلدان، والمضارب ما دام في المصر لا يستحق النفقة في مال المضاربة. (ك)

(١) أي المضارب.

(٢) المال.

(٣) قوله: "بضاعة" البضاعة هي ما إذا كان المال من أحد، والعمل من الآخر، والربح كله لرب المال.

(٤) البضاعة.

(٥) التي عينها رب المال.

(٦) أي لأن المضارب.

(٧) الإخراج.

(٨) محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٩) التي عينها.

(١٠) أي الذي اشتراه.

(١١) أي للمضارب.

(١٢) الذي حصل منه.

(١٣) فكان غاصباً.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) رب المال.

(١٦) المضارب.

(١٧) وعاد المال مضاربة على حاله. (تبيين)

(١٨) المخالفة فيرجع المال وديعة.

(١٩) إنما قال: رجع بناء على أنه كان على شرف الزوال. (ف)

(٢٠) أي المضارب.

(٢١) قوله: "وكذا إذا رد إلخ" أي كذا يكون المضاربة على حالها إذا رد المضارب بعض المال إلى الموضع الذي عينه، والحال أنه قد اشترى ببعض المال في المصر الذي عينه. (عيني)

على المضاربة[١] لما قلنا[٢].

ثم شرط[٣] الشراء[٤] ههنا وهو رواية "الجامع الصغير"، وفى كتاب المضاربة[٥] ضمنه[٦] بنفس الإخراج[٧]. والصحيح أن بالشراء[٨] يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذى عينه، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج[٩]، وإنما شرط[١٠] الشرى للتقرر لا لأصل الوجوب، وهذا[١١] بخلاف ما إذا قال[١٢]: على أن تشترى فى سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد، لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة[١٣]، فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهى[١٤] بأن قال: اعمل فى السوق، ولا تعمل فى غير السوق، لأنه صرح بالحجر والولاية إليه[١٥]. ومعنى التخصيص[١٦] أن يقول على أن تعمل كذا[١٧]، أو فى مكان كذا، وكذا إذا قال: خذ هذا المال

---

(٢٢) قوله: "واشترى [الواو حالية] ببعضه [أى وقد كان اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه. ك] إلخ" أى اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه، وأخرج البعض منه ولم يشتر به، ثم رده إلى الذى عينه كان إلخ. (عناية)

(٢٣) الذى عينه. (ك)

(١) قوله: "على المضاربة" وأما إذا اشترى ببعضه فى ذلك المصر، وببعض آخر فى غيره فهو ضامن لما اشتراه فى غيره، وله ربحه، وعليه وضيعته لتحقق الخلاف فيه فى ذلك العقد والباقى على المضاربة إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنًا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقى. (ع)

(٢) إشارة إلى قوله: لبقاء فى يده بالعقد السابق. (ن)

(٣) للضمان.

(٤) بمال المضاربة.

(٥) من "المبسوط".

(٦) أى المضارب مال المضاربة.

(٧) سواء اشترى أو لا.

(٨) قوله: "أن بالشراء إلخ" حاصله أن الضمان يجب بنفس الإخراج، ولكنه على شرف الزوال، فإذا اشترى به تقرر وتأكد. (عينى)

(٩) قوله: "بنفس الإخراج" أى صار بنفس الإخراج متعديًا ضامنًا لكنه لا يتقرر إلا بالشراء فى بلد آخر، فإذا رجع قبل تقرره زال الضمان، فبقى المال على ما كان. (تبيين)

(١٠) يعنى فى "الجامع الصغير". (ع)

(١١) قوله: "وهذا" أشار بهذا إلى قوله: وإن خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه. (عينى)

(١٢) رب المال.

(١٣) لقلة التفاوت.

(١٤) قوله: "إلا إذا صرح بالنهى" لأن الدلالة لا تعارض الصريح، وهذا كوضع المائدة بين قوم يكون إذنا بالتناول، أما إذا صرح بالنهى لا يباح التناول. (كفاية)

(١٥) رب المال.

(١٦) لما قال فيما مضى: وإن خص له رب المال إلخ شرع ههنا بيان التخصيص.

(١٧) قوله: "أن يقول إلخ" هذه ألفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل. (ك)

تعمل[١] به فى الكوفة، لأنه تفسير له[٢]، أو قال: فاعمل به فى الكوفة، لأن الفاء للوصل[٣]، أو قال: خذه[٤] بالنصف بالكوفة، لأن الباء للإلصاق[٥].

أما إذا قال: خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله[٦] أن يعمل فيها، وفى غيرها لأن الواو للعطف[٧]، فيصير بمنزلة المشورة[٨]، ولو قال[٩]: على أن تشترى من فلان، وبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به فى المعاملة[١٠]. بخلاف ما إذا قال: على أن تشترى بها[١١] من أهل الكوفة، أو دفع مالا فى الصرف على أن تشترى به من الصيارفة[١٢]، وتبيع منهم، فباع بالكوفة من غير أهلها، أو من غير الصيارفة جاز، لأن فائدة الأول[١٣] التقييد بالمكان[١٤]، وفائدة الثانى[١٥] التقييد بالنوع[١٦]، هذا هو المراد[١٧] عرفًا[١٨]، لا فيما[١٩] وراء ذلك.

---

(١) مجزومًا أو مرفوعًا.

(٢) قوله: "لأنه [أى لأن قوله: تعمل به فى الكوفة] تفسير له" الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير. (ك)

(٣) قوله: "لأن الفاء للوصل" والتعقيب، والذى يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه تفسير له. (ك)

(٤) أى خذ هذا المال.

(٥) قوله: "لأن الباء للإلصاق" فيقتضى أن يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة، وموجب كلامه العمل، وإنما يتحقق إلصاقه بالكوفة إذا عمل بها دون غيرها. (ك)

(٦) المضارب.

(٧) قوله: "لأن الواو للعطف"، والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره، فاعتبر كلامًا مبتدأ، فيصير بمنزلة المشورة كأنه قال: إن فعلت كذا كان أنفع، فإن قيل: فلم لم يجعل واو الحال، أجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا، لأن العمل يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ. (عينى)

(٨) هو استخراج رأى على غالب ظن. (عينى)

(٩) رب المال.

(١٠) فإن الناس متفاوتون قضاء وأداء فى المعاملة. (تبيين)

(١١) أى بالمضاربة وأراد بها مال المضاربة.

(١٢) صيرفى سيم سره كننده صيارفه جمع آن. (من)

(١٣) هو قوله: على أن تشترى بها من أهل الكوفة.

(١٤) قوله: "التقييد بالمكان [الكوفة]" لأنه لا فائدة فى تقييده بأهل الكوفة، لأن أهل الكوفة على آراء مختلفة، وطبائع متفاوتة، كما كان عليه أهل سائر البلدان، وهم بجملتهم لا يتفقون فى حسن المعاملة، فلا يفيد التخصيص بهم، وفى التخصيص بالمكان فائدة صيانة المال، فيقيد به. (ك)

(١٥) هو قوله: على أن تشترى به من الصيارفة.

(١٦) قوله: "التقييد بالنوع [أى بيع الصرف]" لأنه لما لم يخص المعاملة بشخص بعينه، بل خص من يعامل ذلك النوع فى معاملاته، وهم الصيارفة علم بهذا أن مراده تخصيص بيع الصرف لا الشراء من الصيارفة. (ك)

قال[١] : وكذلك إن وقت[٢] للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه ؛ لأنه[٣] توكيل فيتوقت بما وقته[٤] ، والتوقيت مفيد ، فإنه تقييد بالزمان ، فصار كالتقييد بالنوع[٥] والمكان[٦] .

قال[٧] : وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة[٨] أو غيرها[٩] ؛ لأن العقد[١٠] وضع لتحصيل الربح[١١] ، وذلك[١٢] بالتصرف مرة بعد أخرى ، ولا يتحقق[١٣] فيه لعتقه ، ولهذا[١٤] لا يدخل فى المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض[١٥] ، كشرى الخمر والشرى بالميتة ، بخلاف البيع الفاسد[١٦] لأنه يمكنه[١٧] بيعه[١٨] بعد قبضه ، فيتحقق المقصود[١٩] .

---

(١٧) قوله: "هذا هو المراد إلخ" دليل على أن التقييد مفيد، ويتضمن الجواب عما يقال: إن ذلك عدول عن مقتضى اللفظ، فإن مقتضى اللفظ أن يكون شراءه من كوفى لا غير، ومن صيرفى لا غير، وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف. (ن)

(١٨) أى بالأول والثانى. (ك)

(١٩) قوله: "لا فيما" يعنى غير المكان فى الأول، وغير النوع فى الثانى. (نهاية)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) رب المال.

(٣) عقد المضاربة.

(٤) كالوكالة الموقتة.

(٥) نحو الطعام.

(٦) نحو الكوفة.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) مثل أبيه وابنه.

(٩) كالمحلوف بعتقه. (ك)

(١٠) أى عقد المضاربة. (ك)

(١١) قوله: "وضع لتحصيل الربح" فى هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة، فإن الوكيل بشراء عبد مطلقاً له أن يشترى من يعتق على موكله، ولم يكن مخالفاً، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرار التصرف ليس بمقصود فى الوكالة، حتى لو كان مقصود الموكل مقيداً بأن يقول: اشتر عبداً لبيعه، فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً. (عناية)

(١٢) تحصيل الربح.

(١٣) التصرف مرة بعد أخرى.

(١٤) قوله: "ولهذا" أى لكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح. (ع)

(١٥) لانتفاء التصرف فيه بتحصيل الربح. (ع)

(١٦) كما إذا اشترى عبداً وثوباً بالخمر، فإنه يدخل فى المضاربة. (ك)

(١٧) مضارب.

قال[١]: ولو فعل[٢] صار مشتريًا لنفسه دون المضاربة؛ لأن الشراء متى وجد نفاذًا[٣] على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشرى إذا خالف[٤].

قال[٥]: فإن كان فى المال ربح لم يجز له[٦] أن يشترى من يعتق عليه[٧]؛ لأنه يعتق عليه[٨] نصيبه[٩]، ويفسد نصيب رب المال[١٠]، أو يعتق على الاختلاف المعروف[١١]، فيمتنع التصرف، فلا يحصل المقصود[١٢].

وإن اشتراهم[١٣] ضمن مال المضاربة[١٤]؛ لأنه يصير مشتريًا للعبد[١٥]، فيضمن بالنقد من مال المضاربة، وإن لم يكن فى المال ربح جاز أن يشتريهم[١٦]؛ لأنه لا مانع من التصرف، إذ لا شركة له[١٧] فيه[١٨] ليعتق عليه[١٩].

فإن زادت قيمتهم بعد الشراء[٢٠] عتق نصيبه[٢١] منهم لملكه[٢٢] بعض قريبه، ولم

---

(١٨) أى بيع المشترى بالبيع الفاسد.

(١٩) تحصيل الربح.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "ولو فعل" أى اشترى من يعتق على رب المال. (نهاية)

(٣) قوله: "متى وجد نفاذًا" احتراز عن الصبى والعبد المحجورين، فإن شراءهما يتوقف على إجازة الولى والمولى.(ب)

(٤) فالشراء له.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) المضارب.

(٧) المضارب.

(٨) المضارب.

(٩) المضارب.

(١٠) قوله: "ويفسد إلخ" لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى لا يجوز بيعه. (عينى)

(١١) قوله: "على الاختلاف المعروف" أى يفسد نصيب رب المال عند أبى حنيفة، ويعتق عندهما بناء على تجزّ الإعتاق وعدمه. (كفاية)

(١٢) الربح.

(١٣) المضارب.

(١٤) ويقع الشراء له.

(١٥) لنفسه.

(١٦) المضارب.

(١٧) المضارب.

(١٨) أى فى المال.

(١٩) المضارب.

(٢٠) من مال ما كان فيه ربح.

يضمن لرب المال شيئًا، لأنه لا صنع من جهته[1] في زيادة القيمة، ولا[2] في ملكه[3] الزيادة[4]، لأن هذا[5] شيء يثبت من طريق الحكم[6]، فصار كما إذا ورثه مع غيره[7]، ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه[8]، لأنه احتبست ماليته عنده، فيسعى فيه[9]، كما في الوراثة[10].

قال: فإن كان[11] مع المضارب ألف بالنصف، فاشترى بها جارية قيمتها ألف، فوطئها، فجاءت بولد يساوي ألفًا، فادعاه[12]، ثم بلغت قيمة الغلام ألفًا وخمسمائة[13]، والمدعي موسر[14]، فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتق[15]. ووجه ذلك[16] أن الدعوة صحيحة[17] في

(٢١) المضارب.

(٢٢) وفي نسخة: لتملكه أي المضارب.

(١) المضارب.

(٢) أي لا صنع.

(٣) المضارب.

(٤) هو نصيب المضارب.

(٥) أي ملكه الزيادة.

(٦) أي حكم العقد.

(٧) قوله: "كما إذا ورثه إلخ" كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجًا وأخًا عتق نصيب الزوج من ابنه، ولا يضمن لأخيها لعدم الصنع منه. (ن)

(٨) قوله: "في قيمة نصيبه منه" أي نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال، ونصيبه من الربح. (ن)

(٩) أي في نصيب الباقي.

(١٠) قوله: "كما في الوراثة" كان ورث جماعة عبدًا، فعتق أحدهم نصيبه فإنه يسعى في نصيب الباقين لاحتباس المالية. (مل)

(١١) ذكره تفريعًا وهو من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(١٢) الولد.

(١٣) قوله: "ثم بلغت إلخ" قيد بهذا القول لأنه إذا لم تزد قيمته على ألف، فدعوة المضارب باطلة، لأنه لا يملك واحدًا من الولد والأم، لأن كلا منهما مشغول برأس المال وانتفى الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح، ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلا، ويضمن العقر، وله أن يبيع الأم والولد لأنهما مال المضاربة. (عيني)

(١٤) قوله: "والمدعي [للولد وهو المضارب، والواو حالية] موسر" قيد به لأن ضمان الإعتاق إنما يكون إذا كان المعتق موسرًا، أو دعوة المضارب إعتاق في حق الولد، فينبغي أن يضمن المضارب لرب المال إذا كان موسرًا، أو مع ذلك لم يضمن لعدم الصنع منه. (كفاية)

(١٥) ولا يضمن لرب المال شيئًا. (ع)

(١٦) أي عدم تضمن الموسر مع كونه معتقًا.

(١٧) لصدورها عن أهلها في محلها. (ن)

الظاهر حملا على فراش النكاح[١]، لكنه[٢] لم ينفذ[٣] لفقد شرطه[٤] وهو الملك لعدم ظهور الربح، لأن كل واحد منهما[٥] أعنى الأم والولد مستحق[٦] برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعيانًا[٧] كل عين منها يساوى رأس المال لا يظهر الربح، كذا هذا[٨]. فإذا زادت قيمة الغلام[٩] الآن ظهر الربح، فنفذت[١٠] الدعوة السابقة، بخلاف ما إذا أعتق[١١] الولد[١٢]، ثم ازدادت القيمة[١٣]، لأن ذلك[١٤] إنشاء العتق، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك[١٥]، بحدوث الملك، أما هذا[١٦] إخبار، فجاز

(١) قوله: "حملا على فراش النكاح" بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه، فوطئها فعلقت منه حملا لأمره على الصلاح. (ن)

(٢) أى الادعاء بالولد.

(٣) فى حق العتق.

(٤) أى العتق.

(٥) قوله: "لأن كل واحد إلخ" فإن قيل: لما ذا لا يجعل الجارية رأس المال، وجميع الولد ربحًا لما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد، فيجب أن يبقى كذلك.

قلنا: أن تعينها كان لعدم المزاحم لا أنها رأس المال، لأن رأس المال دراهم، وبعد الولد تحققت المزاحمة، فذهب تعينها لرأس المال، ثم إنه لا يتعين أحدهما لرأس المال، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر للتعين لرأس المال. (ك)

(٦) قوله: "مستحق" أى فى حق رب المال، ولهذا إذا هلك أحدهما يأخذ رأس المال من الباقى، ولو كان مجموعهما مقابلا برأس المال يكون منقسمًا عليهما، فبهلاك أحدهما حينئذ لا يجوز أخذ رأس المال من الباقى، لأن رأس المال حينئذ فى حق الباقى هو حصة الباقى، فلا يظهر الربح، أى الزيادة فى مقابل رأس المال إلا فيما يزداد قيمته على رأس المال. (عظمى)

(٧) قوله: "إذا صار أعيانًا" أى أجناسًا مختلفة حقيقةً أو حكمًا، حتى لو كان أعيانًا من جنس واحد كل عين يساوى رأس المال يظهر الربح كما إذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوى ألفًا، ورأس المال ألف كان له ربعها حتى لو ذهب لرجل وسلمه إليه صح. أما العبد فعند أبى حنيفة أجناس مختلفة يفحش التفاوت فى المعانى الباطنة، وعندهما كذلك، إلا أن يرى القاضى الصلاح فى الجميع، أو يتراضوا على ذلك، فحينئذ يجمع. (ك)

(٨) قوله: "كذا هذا" فإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب فى الجارية ملك وبدون الملك لايثبت الاستيلاد. (ع)

(٩) على مقدار رأس المال. (ع)

(١٠) قوله: "فنفذت" لأن سببها كان موجوداً وهو فراش النكاح، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع، وهو عدم الملك. (ع)

(١١) المضارب.

(١٢) حيث لا ينفذ إعتاقه.

(١٣) أى قيمة الولد.

(١٤) الإعتاق.

(١٥) قوله: "لا ينفذ بعد ذلك" لأن صحة الإنشاء محتمل تعتمد قيام المحلية فى الحال، وصحة الإخبار تعتمد احتمال المخبر به فى الزمان الماضى، وههنا أمكن المخبر به لاحتمال أن يكون على الفراش لصحة دعوته ظاهرا، فينفذ عند وجود الشرط. (ك)

(١٦) قوله: "أما هذا" أى أما الدعوة بالولد فإخبار، فإذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه، فإذا ملك بعد

أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره، ثم اشتراه[١]، فإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه[٢] في بعضه[٣]، ولا يضمن لرب المال شيئًا من قيمة الولد[٤]، لأن عتقه[٥] ثبت بالنسب والملك[٦]، والملك آخرهما[٧] فيضاف إليه[٨]، ولا صنع له فيه[٩]، وهذا ضمان إعتاق، فلا بد من التعدي، ولم يوجد. وله[١٠] أن يستسعي الغلام، لأنه احتبست ماليته[١١] عنده[١٢]، وله[١٣] أن يعتق، لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة[١٤]، ويستسعيه[١٥] في ألف ومائتين وخمسين، لأن الألف مستحق برأس المال، والخمسمائة ربح، والربح بينهما[١٦]، فلهذا يسعى له[١٧] في هذا المقدار[١٨].

ثم إذا قبض رب المال[١٩] الألف له أن يضمن المدعي[٢٠] نصف قيمة الأم، لأن

ذلك نفذت دعوته فيه. (ع)

(١) فينفذ الإقرار الآن ويكون هو حرًا.

(٢) المضارب.

(٣) الولد.

(٤) قوله: "ولا يضمن [أي المضارب] إلخ" يعني موسرًا كان أو معسرًا، لأن نفوذ العتق لمعنى حكمي لا صنع للمضارب فيه، وهو ظهور الفضل في قيمته، وذلك يمنع وجوب الضمان عليه لشريكه. (كافي)

(٥) أي الولد.

(٦) قوله: "بالنسب والملك" فصارت العلة ذات وجهين، والملك آخرهما. (تبيين)

(٧) وجودًا.

(٨) قوله: "فيضاف [الحكم] إليه" لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى أخرهما وجودًا. (ع)

(٩) قوله: "ولا صنع له [أي للمضارب] فيه" أي لا صنع للمضارب في الملك، فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدي إذ لا يجب ضمان العتق إلا بالتعدي، فكان رب المال بالخيار إن شاء أعتق نصيبه من الغلام، وإن شاء استسعاه. (تبيين)

(١٠) أي لرب المال.

(١١) أي العبد.

(١٢) أي العبد.

(١٣) أي لرب المال.

(١٤) أي يقبل الإعتاق كما يقبل المكاتب. (ك)

(١٥) رب المال.

(١٦) أي بين رب المال والمضارب.

(١٧) أي لرب المال.

(١٨) في ألف ومائتين وخمسين.

(١٩) من الولد.

الألف المأخوذ[١] لما استحق برأس المال لكونه مقدمًا[٢] في الاستيفاء ظهر أن الجارية[٣] كلها ربح، فتكون[٤] بينهما[٥]، وقد تقدمت دعوة صحيحة[٦] لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح، وتوقف نفاذها[٧] لفقد الملك، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة، وصارت الجارية أم ولد له[٨]، ويضمن نصيب رب المال؛ لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعًا[٩] كما إذا استولد جارية بالنكاح[١٠]، ثم ملكها هو وغيره وراثة[١١] يضمن نصيب شريكه[١٢]، كذا هذا، بخلاف ضمان الولد[١٣] على ما مر[١٤].

باب المضارب يضارب[١٥]

قال[١٦]: وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن[١٧] له رب المال لم

---

(٢٠) للولد، أي المضارب.

(١) من الولد.

(٢) على الربح.

(٣) قوله: "ظهر أن الجارية إلخ" وإنما لم يجعل الجارية رأس المال، وجميع الولد ربحًا، لأن ما يجب على الولد من جنس رأس المال، وأنه مقدم في الاستيفاء، فكان تعينه لرأس المال أولى، ولما صارت الجارية ربحًا فعقرها الواجب على المضارب يصير ربحًا أيضًا، فيكون بينهما. (ك)

(٤) الجارية.

(٥) أي رب المال والمضارب.

(٦) من المضارب.

(٧) الدعوة.

(٨) أي للمضارب.

(٩) قوله: "لا يستدعي صنعًا [بل يعتمد الملك وقد حصل]" لأن زمان التملك يرجع إلى المحل، فيستوي فيه التعدي وغيره كالنائم إذا انقلب على شيء فأتلفه. (ك)

(١٠) قوله: "كما إذا استولد إلخ" كالأخ تزوج جارية أخيه، فمات الأخ المولى وترك الجارية ميراثًا بين الزوج وأخ آخر، فإن الزوج يملكها من غير صنعه، فيضمن نصيب شريكه. (عيني)

(١١) أي من جهة الوراثة.

(١٢) لأنه ضمان الملك. (ك)

(١٣) قوله: "بخلاف ضمان الولد" لأنه ضمان إعتاق، فلا بد من التعدي، ولم يوجد. (ك)

(١٤) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: ولا يضمن لرب المال شيئًا من قيمة الولد إلخ. (ن)

(١٥) قوله: "يضارب" لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية، إذ الثانية تتلو الأولى أبدًا، فكذا بيان حكمها. (نت)

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) الواو حالية.

يضمن بالدفع[١]، ولا بتصرف المضارب الثاني، حتى يربح، فإذا ربح[٢] ضمن الأول لرب المال، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة، وقالا: إذا عمل[٣] به ضمن[٤] ربح[٥] أو لم يربح. وهذا ظاهر الرواية، وقال زفر: يضمن بالدفع[٦] عمل[٧] أو لم يعمل، وهو رواية[٨] عن أبي يوسف، لأن المملوك له[٩] الدفع على وجه الإيداع، وهذا الدفع على وجه المضاربة[١٠].

ولهما: أن الدفع إيداع حقيقة، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل[١١]، فكان الحال مراعى[١٢] قبله[١٣]. ولأبي حنيفة: أن الدفع قبل العمل إيداع[١٤]، وبعده إبضاع، والفعلان يملكهما المضارب، فلا يضمن[١٥] بهما[١٦] إلا أنه إذا ربح[١٧] فقد ثبت له[١٨] شركة في المال، فيضمن[١٩] كما لو خلطه[٢٠] بغيره[٢١]، وهذا[٢٢] إذا كانت

---

(١) أي بمجرد الدفع.

(٢) المضارب الثاني.

(٣) المضارب الثاني.

(٤) المضارب الأول.

(٥) الثاني.

(٦) أي بمجرد الدفع.

(٧) الثاني.

(٨) مرجوعة إليها، كذا في "العناية".

(٩) أي الذي يملكه المضارب الأول.

(١٠) فصار مخالفًا، فيضمن.

(١١) من الثاني.

(١٢) قوله: "مراعى [إن عمل ضمن وإلا فلا]" مشتق من الرعاية، أي محفوظًا في اليد وموقوفًا من غير أن يتصرف فيه بحكم. (أعظمي)

(١٣) أي قبل العمل.

(١٤) وله ولاية الإيداع.

(١٥) المضارب.

(١٦) أي بالإيداع والإبضاع.

(١٧) المضارب الثاني.

(١٨) أي الثاني.

(١٩) لا شتراكه الغير في ربح مال رب المال.

(٢٠) قوله: "كما لو خلطه [أي رب المال]" أي كما يضمن المضارب إذا خلط مال المضاربة بمال غيره، أو شارك به. (مير جان)

(٢١) أي خلط مال المضاربة بغير مالها.

المضاربة[١] صحيحة، فإن كانت[٢] فاسدة لا يضمنه الأول وإن[٣] عمل الثانى، لأنه أجير فيه، وله أجر مثله، فلا يثبت الشركة[٤] به[٥].

ثم ذكر فى الكتاب[٦] يضمن الأول، ولم يذكر الثانى، وقيل: ينبغى أن لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع[٧]. وقيل: رب المال بالخيار إن شاء ضمّن الأول[٨]، وإن شاء ضمّن الثانى بالإجماع[٩]، وهو المشهور[١٠]، وهذا عندهما ظاهر[١١]، وكذا عنده[١٢]. ووجه الفرق له بين هذه[١٣] وبين مودع المودع أن المودع الثانى يقبضه[١٤] لمنفعة الأول[١٥]، فلا

---

(٢٢) أى وجوب الضمان على الأول.

(١) قوله: "إذا كانت المضاربة إلخ" أطلق المضاربة ولم يبين أن المراد بالمضاربة الأولى أو الثانية أو كلاهما، فالأولى والثانية إذا كانتا فاسدتين لم يضمن الأول، ولا الثانى لو هلك المال فى يده فإن الأول ما أشرك الثانى فى الربح بل الثانى أجير فيه، وله أجر مثله، والمستأجر إذا استأجر أجيرًا ليعمل فى مال المضاربة، فعمل الأجير فلا ضمان على واحد منهما، وكذا لو كانت الأولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا.

وكذا إذا كان الأولى فاسدة والثانية جائزة صورة، فإن الأولى إذا كانت فاسدة فالربح كله لرب المال، فبفساد الأولى تفسد الثانية أيضًا، فلا تفيد الثانية شركة فى الربح، والضمان إنما يجب إذا ثبت للثانى شركة فى الربح. (مل)

(٢) قوله: "فإن كانت" أى المضاربة الثانية دل عليه قوله: لأنه أجير فيه، والحكم لا يختلف بين ما إذا كانت الأولى فاسدة أو الثانية أو كلتاهما. (ك)

(٣) الواو وصلية.

(٤) الموجبة للضمان.

(٥) أى بالعمل والربح.

(٦) أى مختصر القدورى.

(٧) قوله: "بناء على اختلافهم إلخ" وإذا أودع رجل وديعة، وأودع المودع عند آخر، وهلك فى يد الثانى لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة، وعندهما رب المال بالخيار، إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثانى، كما فى المضارب الثانى عنده لا يضمن، و عندهما يخير رب المال. (ك)

(٨) قوله: "إن شاء ضمن الأول" أى ضمن المضارب الأول رأس المال، لأنه صار ضامنًا مخالفًا بدفع ماله إلى غيره، لا على الوجه الذى رضى به رب المال، وإن شاء ضمن الآخر، لأنه قبض ماله بغير إذنه، وتصرف فيه. (مل)

(٩) بين أصحابنا.

(١٠) من المذهب. (ع)

(١١) لأنهما يقولان بوجوب الضمان على مودع المودع، كذا ههنا.

(١٢) قوله: "وكذا عنده" أى كذا عند أبى حنيفة، لكن يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع. (ب)

(١٣) المسألة.

(١٤) قوله: "يقبضه لمنفعة إلخ" لأن على الأول حفظ الوديعة، فإذا دفع إلى غيره يكون الثانى عاملا له بأمره فى القبض، فينتقل عمله إلى الأول، فصار كأنه حفظه بنفسه، ولو هلك فى يد الأول لا يجب الضمان، فكذا إذا هلك فى يد الثانى، أما المضارب الثانى فعامل لنفسه فى القبض، لأنه إنما يقبضه لاكتساب الربح لنفسه، فلا ينتقل عمله إلى الغير. (ك)

يكون ضامنًا، أما المضارب الثانى يعمل فيه لنفع نفسه، فجاز أن يكون ضامنًا، ثم إن ضمّن الأول[١] صحت المضاربة بين الأول وبين الثانى، وكان الربح بينهما على ما شرطا، لأنه[٢] ظهر أنه ملكه[٣] بالضمان من حين[٤] خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذى رضى[٥] به، فصار كما إذا دفع مال نفسه[٦].

وإن ضمّن[٧] الثانى[٨] رجع على الأول بالعقد[٩]، لأنه عامل له[١٠] كما فى المودع[١١]، ولأنه[١٢] مغرور من جهته[١٣] فى ضمن العقد[١٤]، وتصح المضاربة[١٥] والربح بينهما على ما شرطا، لأن قرار الضمان على[١٦] الأول، فكأنه[١٧] ضمّنه[١٨] ابتداء، ويطيب الربح للثانى، ولا يطيب[١٩] للأعلى[٢٠]، لأن الأسفل[٢١] يستحقه[٢٢]

---

(١٥) لا لنفسه.

(١) رب المال.

(٢) أى المضارب الأول.

(٣) أى مال المضاربة.

(٤) قوله: "من حين" أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل إنما يتمشى على قول زفر، لأن تحقق المخالفة بالدفع إلى الغير إنما هو قول زفر، وعند أبى يوسف ومحمد لا يتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل، وعند أبى حنيفة لا تتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح، وقد مر ذلك كله، ولا يخفى أن الأهم بالبيان والتعليل قول أبى حنيفة لكونه المذكور فى الكتاب، ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغى أن يساق التعليل فى وجه يختص بقول زفر رحمه الله. (نت)

(٥) أى رب المال.

(٦) فصحت المضاربة.

(٧) رب المال.

(٨) المضارب الثانى.

(٩) أى بسبب العقد. (ك)

(١٠) قوله: "لأنه عامل له" أى لأن المضارب الثانى عامل لأجل المضارب الأول، قيل: فى كلامه تناقض، لأنه قال: قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه، وههنا قال: لأنه عامل للمضارب الأول، والجواب أن الجهة مختلفة، لأن الثانى عامل لنفسه بسبب شركته فى الربح، وعامل لغيره بسبب أنه فى الابتداء مودع، وعمل المودع هو الحفظ للمودع، فاندفع التناقض. (ب)

(١١) قوله: "كما فى المودع" أى مودع الغاصب إذا ضمن يرجع على الغاصب المودع. (ك)

(١٢) الثانى.

(١٣) أى الأول.

(١٤) قوله: "فى ضمن العقد" أى العقد الذى بين الأول والثانى، فإن الثانى اعتمد والأول غر. (عينى)

(١٥) الثانية.

(١٦) خبر أن.

(١٧) رب المال.

(١٨) الأول.

(١٩) الربح.

بعمله، ولا خبث في العمل، والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان[١]، فلا يعرى عن نوع خبث[٢].

قال[٣]: وإذا دفع إليه[٤] رب المال مضاربة بالنصف، وأذن له بأن يدفعه[٥] إلى غيره فدفعه بالثلث[٦]، وقد تصرف الثاني وربح، فإن كان رب المال قال له[٧]: على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان، فلرب المال النصف، وللمضارب الثاني الثلث، وللمضارب الأول السدس. لأن الدفع[٨] إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به[٩] من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق، فلم يبقَ للأول[١٠] إلا النصف، فينصرف تصرفه إلى نصيبه[١١]، وقد جعل من ذلك[١٢] بقدر ثلث الجميع للثاني، فيكون[١٣] له[١٤]، فلم يبقَ إلا السدس، ويطيب لهما[١٥] ذلك، لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم، فاستأجر غيره عليه[١٦] بنصف درهم. وإن كان[١٧] قال له[١٨]: على أن ما رزقك[١٩] الله فهو بيننا نصفان،

---

(٢٠) أى المضارب الأول.

(٢١) أى المضارب الثاني.

(٢٢) الربح.

(١) قوله: "يستحقه بملكه إلخ" لأنه يستحقه برأس المال، والملك فى رأس المال حصل بأداء الضمان مستنداً.(ب)

(٢) قوله: "فلا يعرى عن نوع خبث" لأنه ثابت من وجه دون وجه، فمن حيث إنه لا ملك له تمكن الخبث فيه، فيكون سبيله التصدق. (كفاية)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) المضارب.

(٥) أى مضاربة.

(٦) أى بإقرار [illegible] للثاني.

(٧) أى للأول.

(٨) قوله: "لأن الدفع" أى دفع المضارب الأول المال إلى المضارب الثاني.

(٩) [illegible].

(١٠) أى للمضارب الأول.

(١١) أى النصف.

(١٢) أى من نصيبه.

(١٣) الثلث.

(١٤) أى للثانى.

(١٥) قوله: "يطيب لهما" أى للمضارب الأول والمضارب الثاني، يعنى وإن لم يعمل المضارب الأول بالتصرف فى المال، فيطيب له السدس، لأنه باشر العقدين وإن لم يعمل بنفسه شيئًا. (نهاية)

(١٦) أى على عمل الخياطة.

(١٧) رب المال.

(١٨) أى للمضارب الأول.

فللمضارب الثاني الثلث، والباقي بين المضارب الأول، ورب المال نصفان؛ لأنه[١] فوض إليه[٢] التصرف، وجعل لنفسه نصف ما رُزِق الأول، وقد رُزِق[٣] الثلثين، فيكون[٤] بينهما[٥] بخلاف الأول، لأنه[٦] جعل لنفسه نصف جميع الربح، فافترقا[٧]. ولو كان[٨] قال له[٩]: فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد[١٠] دفع[١١] إلى غيره بالنصف، فللثاني النصف، والباقي بين الأول ورب المال؛ لأن الأول شرط للثاني نصف الربح، وذلك[١٢] مفوض إليه[١٣] من جهة رب المال، فيستحقه[١٤]، وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول، ولم يربح[١٥] إلا النصف، فيكون[١٦] بينهما[١٧]. ولو كان[١٨] قال له: على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه، أو قال له: فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد[١٩] دفع[٢٠] إلى آخر مضاربة بالنصف، فلرب المال النصف، وللمضارب الثاني النصف، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه[٢١] جعل لنفسه نصف مطلق الفضل، فينصرف شرط الأول

---

(١٩) بكاف الخطاب.
(١) رب المال.
(٢) أي إلى المضارب الأول.
(٣) الأول.
(٤) الثلثان.
(٥) قوله: "بينهما" أي بين رب المال والمضارب الأول.
(٦) رب المال.
(٧) أي الحكمان.
(٨) رب المال، هذه من مسائل "الجامع". (عيني)
(٩) أي للمضارب الأول.
(١٠) الواو حالية.
(١١) أي الأول.
(١٢) الإشراط.
(١٣) أي الأول.
(١٤) أي الثاني النصفَ.
(١٥) الأول.
(١٦) النصف.
(١٧) أي بين الأول ورب المال.
(١٨) رب المال.
(١٩) الواو حالية.
(٢٠) الأول.

النصف للثانى إلى جميع نصيبه، فيكون[١] للثانى بالشرط ويخرج الأول بغير شيء[٢]، كمن استؤجر ليخيط ثوبًا بدرهم، فاستأجر غيره ليخيطه بمثله[٣].

وإن شرط للمضارب الثاني[٤] ثلثي الربح، فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف، ويضمن المضارب الأول للثانى سدس الربح فى ماله؛ لأنه شرط للثانى شيئًا هو مستحق لرب المال، فلم ينفذ[٥] فى حقه[٦]؛ لما فيه من الإبطال[٧] لكن التسمية فى نفسها صحيحة لكون المسمى معلومًا فى عقد يملكه، وقد ضمن له[٨] السلامة، فيلزمه الوفاء به[٩]، ولأنه غرّه[١٠] فى ضمن العقد[١١]، وهو سبب الرجوع[١٢]، فلهذا يرجع[١٣] عليه، وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم[١٤] فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف.

فصل[١٥]

قال: وإذا شرط[١٦] المضارب[١٧] لرب المال ثلث الربح، ولعبد رب المال[١٨] ثلث

(٢١) رب المال.

(١) النصف.

(٢) لأنه جعل ما كان له للثانى.

(٣) أى بدرهم.

(٤) وقد قال رب المال: إن لى نصف الربح.

(٥) شرطه.

(٦) رب المال.

(٧) أى إبطال حق رب المال.

(٨) أى للثانى.

(٩) أى بما ضمنه.

(١٠) أى الثانى.

(١١) حيث شرط ثلثى الربح.

(١٢) قوله: "وهو [أى الغرور فى ضمن العقد] سبب الرجوع" وإنما قيد بالغرور فى ضمن العقد، لأن الغرور لو لم يكن فى ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر: هذا الطريق آمن، وهو ليس بآمن، فدخل فيه فيقطع الطريق عليه قاطع الطريق، وأخذ ماله، فلا ضمان عليه. (ك)

(١٣) أى الثانى.

(١٤) فإنه يقوم بالنصف من عنده، لأنه غره بالتسمية.

(١٥) قوله: "فصل" لما كان للمضاربة بعد إدخال عبد المضارب، أو رب المال حكم غير ما ذكر، أورد فى فصل على حدة. (ع)

(١٦) قوله: "وإذا شرط إلخ" هذه المسألة تجانس الأولى من حيث اشتراط المضارب فى الربح، وتخالفها من حيث إدخال عبد رب المال فى استحقاق الربح، فلهذا فصلها بفصل. (نهاية)

الربح[١] على أن يعمل[٢] معه، ولنفسه ثلث الربح، فهو جائز[٣]؛ لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان[٤] مأذونًا له، واشتراط العمل[٥] إذن له[٦]، ولهذا[٧] لا يكون[٨] للمولى ولاية أخذ[٩] ما أودعه العبد وإن[١٠] كان[١١] محجوراً عليه[١٢]، ولهذا[١٣] يجوز[١٤] بيع المولى من عبده المأذون[١٥].

وإذا كان كذلك[١٦] لم يكن[١٧] مانعًا من التسليم[١٨] والتخلية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال، لأنه مانع من التسليم على ما مر[١٩]، وإذا صحت المضاربة يكون الثلث[٢٠] للمضارب بالشرط، والثلثان للمولى،

---

(١٧) هذه من مسائل "الجامع الصغير".

(١٨) قوله: "ولعبد رب المال إلخ" التقييد لعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد للمولى فيمتنع التخلية، فقال: هو جائز، أي سواء كان على العبد دين أو لم يكن، لأن عبد رب المال في حق المضاربة كعبد أجنبي آخر، ولا يمنع التخلية، لأن للعبد يداً معتبرة. (ك)

(١) للشرط.

(٢) العبد.

(٣) سواء كان على العبد دين أو لم يكن. (ع)

(٤) العبد.

(٥) قوله: "واشتراط العمل إلخ" فيتحقق خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله، فيصح. (عيني)

(٦) أي للعبد.

(٧) أي لكون يده معتبرة.

(٨) أي إذا كان العبد غائبًا. (ك)

(٩) من المودع.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) أي العبد.

(١٢) أي عند الإيداع. (ك)

(١٣) أي لكون يده معتبرة خصوصاً إذا كان مأذونًا. (ع)

(١٤) إذا كان العبد مديونًا على ما يجيء في كتاب المديون. (نهاية)

(١٥) قوله: "يجوز بيع إلخ" عند أبي حنيفة، فلأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين، وأما عندهما فلأن جواز البيع يعتمد الفائدة، وقد وجدت. (عيني)

(١٦) قوله: "وإذا كان كذلك" أي إذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة، وجواز بيع المولى منه إذا كان مأذونًا له مديونًا لم يكن أي اشتراط ثلث الربح لعبد رب المال مع اشتراط العمل عليه. (عيني)

(١٧) هذا الاشتراط.

(١٨) فإن إثبات يد العبد ليس إثبات يد المولى.

(١٩) من قوله: "وشرط العمل على رب المال مفسد إلخ.

(٢٠) أي ثلث الربح.

لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه[١] دين، وإن كان عليه دين فهو للغرماء[٢]، هذا[٣] إذا كان العاقد هو المولى. ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبى، وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين، لأن هذا اشتراط العمل على المالك[٤]، وإن كان على العبد[٥] دين صح[٦] عند أبى حنيفة[٧]؛ لأن المولى بمنزلة الأجنبى عنده على ما عرف[٨].

فصل في العزل والقسمة[٩]

قال[١٠] وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة؛ لأنه توكيل على ما تقدم[١١]، وموت الموكل يبطل الوكالة[١٢]، وكذا[١٣] موت الوكيل، ولا تورث الوكالة[١٤]، وقد مر من قبل[١٥].

وإن ارتد رب المال عن الإسلام -والعياذ بالله- ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة[١٦]؛ لأن اللحوق[١٧] بمنزلة الموت، ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته[١٨]،

---

(١) أى العبد.

(٢) لأن المولى لا يملك أكساب العبد المديون.

(٣) أى الحكم المذكور.

(٤) وهو يفسد.

(٥) المأذون.

(٦) أى اشتراط العمل على المولى.

(٧) وعندهما لا يصح.

(٨) فى كتاب المأذون.

(٩) قوله: "فصل فى العزل والقسمة" أى فى عزل المضارب، وقسمة الربح، ولما فرغ عن بيان حكم المضاربة والربح، ذكر فى هذا الفصل الحكم الذى يوجد بعد هذا، لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة، وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح. (نت)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) من قوله فى أول كتاب المضاربة: وهو توكيل.

(١٢) قوله: "يبطل الوكالة" لأن الوكالة عقد جائز غير لازم، فكان لبقاءه حكم الابتداء، فيشترط قيام الآمر كل ساعة. (عينى)

(١٣) أى يبطل لقيام الوكالة فيه.

(١٤) لأنها غير لازمة.

(١٥) قوله: "وقد مر" أى حكم بطلان الوكالة بموتهما، أو بموت أحدهما من قبل، أى فى باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة. (مل)

(١٦) قوله: "بطلت المضاربة" هذا إذا لم يعد مسلماً، أما إذا رجع المرتد مسلماً وهو رب المال جاز جميع ما فعل من البيع والشراء، وكان عقدهما المضاربة على ما شرطا، أما إذا لم يتصل قضاء القاضى بلحاقه، فلأن هذا بمنزلة الغيبة،

وقبل لحوقه[١] يتوقف تصرف مضاربه[٢] عند أبي حنيفة، لأنه يتصرف له، فصار[٣] كتصرفه بنفسه[٤].

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها[٥]؛ لأن له[٦] عبارة صحيحة[٧]، ولا توقف في ملك رب المال، فبقيت المضاربة.

قال[٨]: فإن عزل رب المال المضارب، ولم يعلم بعزله، حتى اشترى، وباع، فتصرفه جائز؛ لأنه وكيل من جهته، وعزل الوكيل قصداً[٩] يتوقف على علمه[١٠]، وإن علم بعزله والمال[١١] عروض فله أن يبيعها، ولا يمنعه[١٢] العزل من ذلك[١٣]؛ لأن حقه قد ثبت في الربح، وإنما يظهر[١٤] بالقسمة، وهي[١٥] تبتني على رأس المال[١٦]،

فلا يوجب العزل، ولا بطلان الأهلية. وأما بعد اللحاق والقضاء به فالوكيل ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل، وأما ههنا لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة، كذا في "المبسوط". (ك)

(١٧) بدار الحرب.

(١٨) ويعتق مدبروه وأمهات أولاده، كما في الموت الحقيقي.

(١) بدار الحرب.

(٢) أي مضارب رب المال الذي ارتد.

(٣) أي تصرف المضارب.

(٤) قوله: "كتصرفه بنفسه" فلو تصرف رب المال في هذه الصورة لكان تصرفه موقوفًا عند أبي حنيفة لارتداده، فكذا تصرف نائبه وهو المضارب. (عيني)

(٥) قوله: "فالمضاربة على حالها" أي في قولهم جميعًا، حتى لو اشترى وباع وربح ووضع، ثم قتل على ردته، أو مات، أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز، والربح بينهما على ما شرطا، لأن توقف تصرفاته عند أبي حنيفة لتعلق حق ورثته بماله، أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه، وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة، لأنه نائب فيه عن رب المال، أو هو متصرف في منافع نفسه، ولا حق لورثته في ذلك، فلهذا نفذ تصرفه. (ك)

(٦) أي للمرتد.

(٧) قوله: "لأن له عبارة صحيحة [لكونه عاقلا بالغًا]" لأن صحة عبارته لآدميته، ولا نقصان فيها بعد الردة، لأنه يتكلم عن عقل، وتمييز كما قبل الردة، ولهذا لو أسلم صح إسلامه. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) احتراز عما إذا وكل رجلا بالبيع، ثم باع الموكل فالوكيل بنفسه ينعزل.

(١٠) الوكيل.

(١١) الواو حالية.

(١٢) قوله: "ولا يمنعه" ثم لما لم يمنعه عزل رب المال عن بيعها ملك بيعها نقدًا أو نسيئةً حتى لو نهاه رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه، وكذلك لا يمنع عن المسافرة في الروايات المشهورة. (ك)

(١٣) البيع.

(١٤) أي حقه في الربح.

(١٥) أي القسمة.

وإنما ينض[١] بالبيع.

قال[٢]: ثم لا يجوز أن يشترى[٣] بثمنها[٤] شيئًا آخر؛ لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال[٥]، وقد اندفعت[٦] حيث صار[٧] نقدًا[٨]، فيعمل العزل.

وإن عزله، ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضّت لم يجز له أن يتصرف فيها؛ لأنه ليس فى إعمال عزله إبطال حقه فى الربح، فلا ضرورة[٩].

قال رضى الله عنه[١٠]: وهذا الذى ذكره[١١] إذا كان[١٢] من جنس رأس المال[١٣]، فإن لم يكن[١٤] بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب[١٥] له أن يبيعها بجنس رأس المال[١٦] استحسانًا[١٧]، لأن الربح لا يظهر إلا به[١٨]، وصار[١٩]

---

(١٦) أى على تمييز رأس المال.

(١) قوله: "وإنما ينض أى رأس المال [أى يتيسر ويحصل] إلخ" نضيض الماء خروجه من الحجر، أو نحوه، وسيلانه قليلا قليلا من خد ضرب، ومنه خذ ما نض لك من دينك، أى تيسر وحصل، وفى الحديث يقتسمان ما نض بينهما من العين، أى صارت ورقًا وعينًا بعد أن كان متاعًا، والنض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير. (نهاية)

قوله: "ينض" نض نقد گرديدن درم ودينار، يقال: خذ ما نض لك من دينك، يعنى بگير نقد شده را، ويقال: ما نض بيدى منه شيء. (من)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) المضارب المعزول.

(٤) العروض التى بقيت.

(٥) لأجل القسمة.

(٦) الضرورة.

(٧) رأس المال.

(٨) أى دراهم ودنانير.

(٩) فى ترك الأعمال. (ع)

(١٠) أي المصنف.

(١١) القدورى.

(١٢) المال الذى نض.

(١٣) بأن كان كل منهما دراهم ودنانير.

(١٤) المال الذى نض من جنس رأس المال.

(١٥) بأن كان دنانير ورأس المال دراهم.

(١٦) أى لا بالعروض. (ك)

(١٧) قوله: "استحسانًا" والقياس أن لا يجوز تصرفه، لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية، فصار كأن رأس المال قد نض، وجه الاستحسان: أن الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال، وذا لا يمكن إلا ن يبيع ما فى يده بجنس رأس المال، فصار كالعروض. (ك)

(١٨) قوله: "إلا به" أى بأن يبيعها بجنس رأس المال، لأن الواجب عليه رد مثل رأس المال. (مل)

كالعروض، وعلى هذا[١] موت رب المال[٢] في بيع العروض، ونحوها[٣].

قال[٤]: وإذا افترقا[٥] وفي المال ديون[٦] وقد[٧] ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء[٨] الديون[٩]؛ لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له[١٠]، وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء[١١]؛ لأنه وكيل محض، والمتبرع لا يجبر[١٢] على إيفاء ما تبرع به. ويقال له: وكل رب المال في الاقتضاء؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، فلا بد من توكيله، وتوكله[١٣] كيلا يضيع حقه، قال[١٤] في "الجامع الصغير" يقال له: أحل[١٥] مكان قوله: وكل، والمراد منه الوكالة[١٦]، وعلى هذا سائر الوكالات[١٧] والبياع[١٨] والسمسار[١٩] يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة

---

(١٩) في حكم جواز البيع بعد العزل.

(١) قوله: "وعلى هذا" إشارة إلى قوله: لا يمنع العزل من ذلك، يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي إذا كان المال عروضا، بل يبيعها بعد العزل، كما لا ينعزل بالعزل القصدي في تلك الصورة، لأن عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب، ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين. (نتائج)

(٢) قوله: "موت رب المال إلخ" بأن كان المال عروضا، ومات رب المال، فلا ينعزل المضارب، بل يبيعها، وينض رأس المال، وكذا في لحوق رب المال بدار الحرب مرتدا، لأنه موت حكما. (عيني)

(٣) قوله: "ونحوها" أي نحو العروض في حق البيع، بأن كان رأس المال دراهم والنقد دنانير، أو على القلب. (ك)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "وإذا افترقا" أي إذا افترق رب المال والمضارب، والمراد من الافتراق فسخهما عقد المضاربة. (عيني)

(٦) على الناس.

(٧) الواو حالية.

(٨) الطلب.

(٩) التي على الناس.

(١٠) قوله: "كالأجر له" لأنه استحق الربح بأن عمله، وقد سلم له بدل عمله، وهو الربح، فيجبر على إتمام عمله، ومن إتمامه استيفاء ما وجب من الديون على الناس. (عيني)

(١١) أي طلب الديون التي على الناس.

(١٢) قوله: "لا يجبر إلخ" لا يقال: إنه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التي أخذ، فينبغي أن يجبر على الاقتضاء حتى يكون الرد بمثل ما أخذ، قلنا: الواجب رفع يده لا التسليم كالمودع، فإذا أحال به، أي وكله فقد أزال يده عنه. (ك)

(١٣) أي قبوله الوكالة. (ك)

(١٤) أي محمد. (عيني)

(١٥) أمر من الإحالة.

(١٦) قوله: "والمراد منه [أي من قوله: أحل] إلخ" فكان في الكلام استعارة، ومجوزها اشتمالها على النقل، وإنما فسره بذلك، لأن أحل ربما يوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب، وليس كذلك. (ع)

(١٧) قوله: "سائر الوكالات" أراد به كل وكيل بالبيع إذا امتنع من التقاضي لا يجبر عليه، ولكن يجبر على أن يحيل رب المال بالثمن على المشتري. (عيني)

عادة. قال[١]: وما هلك من مال المضاربة، فهو من الربح دون رأس المال؛ لأن الربح تابع[٢]، وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى، كما يصرف الهلاك إلى العفو[٣] في الزكاة. فإن زاد[٤] الهالك على الربح، فلا ضمان على المضارب، لأنه أمين[٥].

وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها[٦]، ثم هلك المال بعضه، أو كله ترادا[٧] الربح[٨] حتى يستوفي رب المال رأس المال؛ لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال[٩]، لأنه[١٠] هو الأصل، وهذا[١١] بناء[١٢] عليه، وتبع له[١٣] فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه[١٤] من رأس المال فيضمن المضارب

(١٨) قوله: "والبياع [كشداد دلال خريد وفروخت. من] إلخ" قال في "مجمع الأنهر:" البياع من باع الناس بأجر، والسمسار بالكسر المتوسط بين البائع والمشرى يبيع ويشترى للناس بأجر من غير أن يستأجر، وكذا في "رد المحتار"، وقال في "رد المحتار" في موضع آخر: لا فرق لغة بين السمسار والدلال.
وقد فسرهما في القاموس بالمتوسط بين البائع والمشترى، وفرق بينهما الفقهاء، فالسمسار هو الدال على مكان السلعة، وصاحبها، والدلال هو المصاحب للسلعة غالباً، أفاده سرى الدين عن بعض المتأخرين، انتهى.
وقال في "المغرب": السمسار –بكسر الأول– المتوسط بين البائع والمشترى، فارسية معربة عن الليث، والجمع سماسرة، وفي الحديث كنا ندعى السماسرة فسمانا النبي عليه السلام التجار، ومصدرها السمسرة، وهي أن يتوكل الرجل من الحاضر للبادية، فيبيع لهم ما يجلبونه، قال الأزهري: وقيل في تفسير قوله عليه السلام: لا يبيع حاضر لباد أنه لا يكون سمساراً. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(١٩) بالكسر ميانجى ميان بائع ومشترى. (من)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) لأنه لا يتصور بدون رأس المال وهو متصور بدونه، فكان أصلا. (عيني)

(٣) قوله: "كما يصرف الهلاك إلى العفو" وهو ما فوق النصاب، فإن لم يجاوز الهالك العفو فالواجب على حاله، كما إذا كان له تسع من الإبل، وحال عليه الحول يكون الواجب فيها شاة، ويكون هو الواجب في خمس من التسع، حتى لو هلك الأربع لا يسقط شيء من الشاة. (مجمع الأنهر)

(٤) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(٥) فلا يكون ضميناً.

(٦) يعني لم يفسخاها.

(٧) رب المال والمضارب.

(٨) لأن القسمة تفيد ملكًا موقوفًا. (ع)

(٩) قوله: "لا تصح إلخ" لأن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال. (كفاية)

(١٠) رأس المال.

(١١) أي الربح.

(١٢) أي مبني.

(١٣) قوله: "وتبع له" لتصور رأس المال بدونه، وعدم تصوره بدون رأس المال. (كفاية)

(١٤) رب المال والمضارب.

ما استوفاه، لأنه أخذه لنفسه[١]، وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله.

وإذا استوفي[٢] رأس المال فإن فضل شيء كان[٣] بينهما[٤]، لأنه ربح[٥]، وإن نقص[٦] فلا ضمان على المضارب لما بينا[٧]، فلو اقتسما الربح، وفسخا المضاربة، ثم عقداها[٨] فهلك المال لم يترادا الربح الأول، لأن المضاربة الأولى قد انتهت[٩] والثاني عقد جديد، فهلاك المال في الثاني[١٠] لا يوجب انتقاض الأول[١١] كما إذا دفع[١٢] إليه مالا آخر.

فصل فيما يفعله المضارب[١٣]

قال[١٤]: ويجوز للمضارب أن يبيع ويشتري بالنقد والنسيئة؛ لأن كل ذلك[١٥] من صنيع التجار، فينتظمه إطلاق العقد[١٦]، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه[١٧]؛ لأن له الأمر[١٨] العام المعروف بين الناس[١٩]، ولهذا كان له أن يشتري دابة

---

(١) ولم يكن له ذلك حتى يصل رأس المال إلى رب المال.

(٢) رب المال.

(٣) الفاضل بعد الاستيفاء.

(٤) أي بين رب المال والمضارب.

(٥) أي فاضل، وقضية الربح أن يكون مشتركًا بينهما.

(٦) شيء من رأس المال.

(٧) أشار إلى قوله: لأنه أمين. (عيني)

(٨) ثانيًا.

(٩) بقسمة الربح، وفسخ المضاربة.

(١٠) أي العقد الثاني.

(١١) أي الاقتسام الأول.

(١٢) قوله: "كما إذا دفع" أي رب المال إليه، أي إلى المضارب مالا آخر، أي للمضاربة غير المال الأول، فإنه لا يوجب انتقاض الاقتسام الأول. (عيني)

(١٣) قوله: "فصل إلخ" ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للإفادة، وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة. (نهاية)

(١٤) أي القدوري. (عيني)

(١٥) أي البيع بالنقد أو النسيئة.

(١٦) هو كونه غير مقيد بالنقد.

(١٧) قوله: "إلى أجل لا يبيع التجار إليه" قال في "النهاية": بأن باع إلى عشر سنين لخروجه حينئذٍ من صنيع التجار. (عناية)

(١٨) المعتاد.

(١٩) أي لكون المدار على العرف.

للركوب، وليس له[١] أن يشترى سفينة للركوب[٢]، وله أن يستكريها[٣] اعتبارًا لعادة التجار، وله أن يأذن لعبد المضاربة فى التجارة فى الرواية المشهورة[٤]؛ لأنه من صنيع التجار. ولو باع بالنقد، ثم أخّر[٥] الثمن جاز بالإجماع أما عندهما[٦] فلأن الوكيل[٧] يملك ذلك[٨]، فالمضارب أولى[٩]، إلا[١٠] أن المضارب لا يضمن[١١]؛ لأن له أن يقايل، ثم يبيع نسيئة[١٢]، ولا كذلك الوكيل[١٣]، لأنه لا يملك ذلك[١٤]، وأما عند أبى يوسف فلأنه يملك الإقالة، ثم البيع بالنسأ[١٥]، بخلاف الوكيل، لأنه لا يملك الإقالة[١٦]. ولو احتال بالثمن[١٧] على الأيسر، أو الأعسر جاز؛ لأن الحوالة من عادة التجار، بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر[١٨]، لأن تصرفه مقيد بشرط النظر[١٩].

---

(١) لعدم جريأن العادة فيه.

(٢) قوله: "سفينة للركوب" قيد بقوله: للركوب لأن له شراء السفينة للبيع إذا لم يخص له رب المال التجارة فى شىء بعينه. (ك)

(٣) قوله: "وله أن يستكريها [لحمل البضائع]" أى السفينة والدواب مطلقًا اعتباراً لعادة التجار، فإنه إذا اشترى طعاماً لا يجد بدًا من ذلك فهو من توابع التجار فى الطعام. (عناية)

(٤) قوله: "فى الرواية المشهورة" احترز به عن رواية ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك بإطلاق العقد، لأنه بمنزلة الدفع مضاربة، والفرق أن المضارب شريك فى الربح، والمأذون لا يصير شريكًا فيه. (عينى)

(٥) من المشترى.

(٦) الطرفين.

(٧) بالبيع.

(٨) أى تأخير الثمن عن المشترى.

(٩) قوله: "فالمضارب أولى [لأنه شريك فى الربح]" لأن ولاية المضارب أعم لأنه شريك فى الربح، أو يعرضه أن يصير شريكًا. (ك)

(١٠) فيه إشارة إلى أن الوكيل يضمن. (ك)

(١١) رب المال إذا أخر الثمن.

(١٢) بعد الإقالة.

(١٣) بالبيع.

(١٤) أى الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها.

(١٥) نسأ: تأخير كردن وزبان بادن. (من)

(١٦) قوله: "لأنه لا يملك الإقالة [فكذا لا يملك تأجيله فى الثمن]" أى البيع بالنسأ بعد الإقالة ولا يملك الإقالة أيضًا عند أبى يوسف، فلم يمكن أن يجعل تأجيله الثمن بمنزلة الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها. (كفاية)

(١٧) قوله: "ولو احتال بالثمن" أى لو قبل المضارب الحوالة على الأعسر من المشترى جاز. (نهاية)

(١٨) أى الأنفع فى حق الصغير.

والأصل[١] أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع، نوع يملكه بمطلق المضاربة[٢]، وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها[٣]، وهو ما ذكرنا[٤].

ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والارتهان والرهن، لأنه إيفاء واستيفاء[٥]، والإجارة والاستئجار، والإيداع، والإبضاع، والمسافرة على ما ذكرناه من قبل[٦]. ونوع لا يملكه بمطلق العقد، ويملكه إذا قيل له: اعمل برأيك، وهو[٧] ما يحتمل أن يلحق به[٨]، فيلحق عند وجود الدلالة[٩]، وذلك[١٠] مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره، وخلط مال المضاربة بماله، أو بمال غيره؛ لأن رب المال[١١] رضي بشركته، لا بشركة غيره، وهو[١٢] أمر عارض[١٣] لا يتوقف عليه التجارة[١٤]، فلا يدخل تحت مطلق العقد، ولكنه[١٥] جهة[١٦] في التثمير[١٧]، فمن هذ الوجه يوافقه[١٨]، فيدخل فيه عند وجود الدلالة، وقوله: اعمل برأيك دلالة على ذلك[١٩]. ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد، ولا بقوله: اعمل برأيك إلا أن ينص عليه

---

(١٩) ولا نظر في قبول الحوالة على الأعسر.

(١) فيما يجوز للمضارب أن يفعله، وما لا يجوز.

(٢) أي من غير أن يقول رب المال: اعمل برأيك.

(٣) أي الإيداع والإبضاع.

(٤) قوله: "وهو ما ذكرنا" من البيع بالنقد والنسيئة والإذن لعبد المضاربة، وتأخير الثمن والاحتيال به.(ب)

(٥) لف ونشر غير مرتب.

(٦) بقوله: وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز إلخ.

(٧) أي هذا النوع.

(٨) أي بالنوع الأول.

(٩) هو قوله: اعمل برأيك.

(١٠) إشارة إلى المحتمل.

(١١) هذا الدليل قاصر فإنه لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله، فافهم.

(١٢) قوله: "وهو" أي دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره، أو خلط مالها بماله، أو بمال غيره. (مل)

(١٣) أي زائد.

(١٤) لعدم العرف بذلك بينهم.

(١٥) أي ما ذكر.

(١٦) أي طريق.

(١٧) أي زيادة المال.

(١٨) أي عقد المضاربة.

(١٩) أي على دخول ما ذكر في العقد.

رب المال، وهو الاستدانة[١]، وهو أن يشترى[٢] بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة، وما أشبه ذلك[٣]، لأنه يصير المال[٤] زائدًا على ما انعقد عليه المضاربة، فلا يرضى[٥] به[٦]، ولا يشغل ذمته بالدين.

ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما[٧] نصفين، بمنزلة شركة الوجوه[٨]، وأخذ السفاتج[٩]، لأنه نوع من الاستدانة، وكذا إعطاءها[١٠]، لأنه إقراض، والعتق بمال وبغير مال، والكتابة، لأنه ليس بتجارة، والإقراض والهبة والصدقة، لأنه تبرع محض.

قال[١١]: ولا يزوج عبدًا ولا أمة من مال المضاربة، وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة، لأنه من باب الاكتساب، ألا ترى أنه[١٢] يستفيد به[١٣] المهر، وسقوط النفقة[١٤]. ولهما أنه[١٥] ليس بتجارة والعقد[١٦] لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة،

---

(١) قوله: "وهو الاستدانة" فإن الاستدانة تصرف بغير رأس المال، والتوكيل مقيد برأس المال، فلا يملكها المضارب إلا بالتنصيص عليه، وعند التنصيص عليه يعتبر هذا التصرف بنفسه، فيصير بمنزلة شركة الوجوه، ولا يكون مضاربة، إذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال، فيكون المشترى بينهما نصفين، والدين عليهما نصفين، ولا يتغير موجب المضاربة لأن هذه شركة وجوه ضمت إلى المضاربة، فلم يتغير موجب المضاربة، وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترطا. (ك)

(٢) شيئًا بالدين.

(٣) قوله: "وما أشبه ذلك" أى من أنواع الاستدانة كما إذا اشترى سلعة بأكثر من مال المضاربة، وهو الألف مثلا، كانت حصة الألف للمضاربة، وما زاد فللمضارب ربحه، وعليه وضيعته، والمال دين عليه، لأن الاستدانة نفذت عليه خاصة. (ك)

قوله: "وأشبه ذلك" بأن كان رأس المال ألف درهم فليس له أن يشترى بالمكيل والموزون، لأنه اشترى بغير رأس المال، فكان هذا استدانة، فلا ينفذ على المضاربة. (عينى)

(٤) أى مال المضاربة.

(٥) رب المال.

(٦) أى بالزائد.

(٧) أى بين رب المال والمضارب.

(٨) قوله: "شركة الوجوه [وليس بمضاربة]" هى أن يشتركا بلا مال ليشتريا لوجوههما ويبيعا، وما ربحاه يكون بينهما. (شرح نقاية از على قارى)

(٩) قوله: "وأخذ السفاتج" فى القاموس السفتجة أن تعطى مالا لأحد، وللآخذ مال فى بلد المعطى، فيوفيه إياه ثمة، فتستفيد أمن الطريق، وقد مر تحقيق السفتجة فى آخر كتاب الحوالة. (مل)

(١٠) السفاتج.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى أن المضارب.

(١٣) أى بتزوجها.

وصار[١] كالكتابة، والإعتاق على مال[٢] لأنه اكتساب[٣]، ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة، فكذا هذا[٤].

قال[٥]: فإن دفع شيئًا[٦] من مال[٧] المضاربة إلى رب المال بضاعة[٨]، فاشترى رب المال، وباع فهو على المضاربة[٩].

وقال زفر: تفسد المضاربة، لأن رب المال متصرف في مال نفسه، فلا يصلح وكيلا[١٠] فيه، فيصير مستردا[١١]، ولهذا لا يصح[١٢] إذا شرط العمل عليه ابتداء.

ولنا: أن التخلية[١٣] فيه قد تمت، وصار التصرف حقًا للمضارب، فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف[١٤]، والإبضاع[١٥] توكيل منه[١٦]، فلا يكون[١٧]

---

(١٤) عن المضارب.

(١٥) تزويج الأمة.

(١٦) أي عقد التجارة.

(١) تزويج الأمة.

(٢) أي كل واحد من الكتابة والإعتاق على مال.

(٣) يحصل فيه المال.

(٤) تزويج الأمة.

(٥) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٦) قوله: "فإن دفع [المضارب] إلخ" صورته أنه دفع على آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فدفع المضارب بعضها إلى رب المال بضاعة، فباع رب المال بها، واشترى فهي على حالها. (عيني)

(٧) قوله: "شيئًا من مال إلخ" لا يتفاوت الحكم بين أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة، أو كله. (ك)

(٨) قوله: "بضاعة" فإن قيل: الإبضاع هو أن يكون المال للمبضع، والعمل من الآخر، وليس للمبضع ههنا مال، فكيف يتحقق الإبضاع. قلنا: الإبضاع هو الدفع على وجه الاستعانة، ورب المال يصلح معينًا له، لأنه أشفق الناس إليه تصرفا، فيصح الاستعانة به. (عيني)

(٩) يعني لا يفسد المضاربة.

(١٠) قوله: "فلا يصلح وكيلا" لأن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره، فصار غير صالح، لأن يكون وكيلا فيه، فصار مستردًا. (كافي)

(١١) قوله: "فيصير مستردًا [فتفسد المضاربة]" لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره، وهذا عامل لنفسه، فكيف يصلح وكيلا فيه، بل يكون مستردًا لماله، لأنه يملك عزله، أو استرداد ماله في أي وقت شاء إذا لم يتعلق حقه، فصار كما إذا لم يسلم إليه من الابتداء. (تبيين)

(١٢) عقد المضاربة.

(١٣) بين المال والمضارب.

(١٤) قوله: "فيصلح رب المال إلخ" فإن قيل: رب المال لا يصلح وكيلا، لأن الوكيل يعمل في مال غيره، ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله.

أجيب بأن رب المال بعد التخلية صار كالأجنبي عن المال، فجاز توكيله، فإن قيل: لو كان كذلك يصح المضاربة مع

استرداداً[١]، بخلاف[٢] شرط العمل عليه فى الابتداء، لأنه يمنع التخلية[٣]، وبخلاف ما إذ دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح[٤]، لأن المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال، وعمل المضارب ولا مال ههنا للمضارب، فلو جوزناه[٥] يؤدى إلى قلب الموضوع[٦]، وإذا لم يصح[٧] بقى عمل رب المال بأمر المضارب، فلا يبطل به[٨] المضاربة الأولى.

قال[٩]: وإذا عمل المضارب فى المصر فليست نفقته في المال[١٠]، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته، وركوبه[١١]، ومعناه[١٢] شراء وكراء فى المال.

ووجه الفرق[١٣] أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضى[١٤]، ونفقة المرأة[١٥] والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلى.

وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه[١٦]، وهذا[١٧] بخلاف

رب المال، أجاب بقوله: وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح إلخ. (عناية)

(١٥) أى إبضاع المضارب رب المال.

(١٦) قوله: "توكيل منه [لأنه استعانة]" وليس المال من لوازمه، فإن الوكيل يجوز أن يوكل، وليس المال له. (ع)

(١٧) الإبضاع.

(١) لما له لينتقض به المضاربة.

(٢) جواب عن قياس زفر.

(٣) بين المال والمضارب.

(٤) عقد هذه المضاربة الثانية.

(٥) أى عقد المضاربة الثانية.

(٦) أى الحقيقة.

(٧) عقد المضاربة الثانية.

(٨) أى بدفع المال إلى رب المال مضاربة.

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) أى مال المضاربة.

(١١) الركوب بالفتح المركوب. (مجمع الأنهر)

(١٢) قوله: "ومعناه" أى معنى كون ركوبه فى المال شراء، وكراء، أى من حيث الشراء، ومن حيث الكراء أراد أن المضارب فى السفر له أن يركب إما بشراء دابة أو بكراءها. (عينى)

(١٣) قوله: "ووجه الفرق" أى بين ما إذا عمل فى المصر حيث لا نفقة له فى مال المضاربة، وبين ما إذا عمل فى السفر حيث يجب فيه. (عينى)

(١٤) فإن القاضى محبوس لمصالح العامة.

(١٥) فإنها تجب للاحتباس فى منزل الزوج فى يده.

(١٦) أى فى المال، لأجل الاحتباس،

الأجير[١]، لأنه يستحق البدل لا محالة[٢]، فلا يتضرر بالإنفاق من ماله[٣]، أما المضارب فليس له إلا الربح، وهو[٤] في حيز التردد[٥]، فلو أنفق من ماله يتضرر به[٦]، وبخلاف المضاربة الفاسدة[٧]، لأنه أجير، وبخلاف البضاعة، لأنه متبرع[٨]. قال[٩]: ولو بقي شيء[١٠] في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة، لانتهاء الاستحقاق[١١]، ولو كان خروجه دون السفر[١٢] إن كان بحيث يغدو ثم يروح، فيبيت بأهله، فهو بمنزلة السوقي في المصر[١٣]، وإن كان بحيث لا يبيت بأهله، فنفقته في مال المضاربة؛ لأن خروجه للمضاربة[١٤] والنفقة[١٥] هي ما يصرف إلى الحاجة[١٦] الراتبة[١٧]، وهو ما ذكرنا[١٨].

ومن جملة ذلك غسل ثيابه[١٩]، وأجرة أجير يخدمه[٢٠]، وعلف دابة يركبها،

---

(١٧) الحكم.

(١) أي لا يستحق النفقة وإن سافر. (ك)

(٢) لكونه يعمل ببدل.

(٣) أي مال نفسه.

(٤) ربح.

(٥) فإنه عسى أن يحصل وعسى أن لا يحصل.

(٦) أي بالانفاق من مال نفسه.

(٧) فلا نفقة له إذا سافر.

(٨) بالعمل، فلا يجب له النفقة.

(٩) قوله: "قال" لو لم يذكر قال لكان أصوب، لأن المسألة ليست في "الجامع الصغير"، ولا في "مختصر القدوري"، ولهذا لم يذكرها في البداية، وإنما هي من "المبسوط". (عيني)

(١٠) أي من الطعام مثلا.

(١١) قوله: "لانتهاء الاستحقاق" أي بالرجوع إلى مصره، كالحاج من الغير إذا بقي شيء من النفقة في يده بعد رجوعه، وكالمولى إذا بوأ أمته مع زوجها بيتا، ثم نقلها للخدمة، وقد بقي من النفقة شيء كان للزوج أن يسترد ذلك عنها. (ك)

(١٢) هو مسيرة ثلاثة أيام ولياليها.

(١٣) فلا نفقة له.

(١٤) فصار كالمسافر.

(١٥) أشار به إلى تفسير النفقة الواجبة.

(١٦) أمر راتب كار ثابت وبرجاى. (من)

(١٧) الدائمة.

(١٨) قوله: "وهو ما ذكرنا" أراد الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم. (ك)

(١٩) قوله: "غسل ثيابه [لأنه ضروري]" وأجرة الخادم والحمام والحلاق، وعلف الدابة والدهن، فإن الشخص إذا كان طويل الشعر وسيخ الثياب ماشياً في حوائجه يعد من السعاليك، ويقل معاملوه، فصار ما به يكثر الرغبات في المعاملة

والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز[١]، وإنما يطلق[٢] في جميع ذلك بالمعروف[٣]، حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتبارًا للمتعارف فيما بين التجار.

وأما الدواء[٤] ففي ماله في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة أنه[٥] يدخل في النفقة، لأنه لإصلاح بدنه، ولا يتمكن من التجارة إلا به، فصار كالنفقة، وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع[٦]، وإلى الدواء بعارض المرض[٧]، ولهذا[٨] كانت نفقة المرأة على الزوج، ودواءها في مالها.

قال[٩]: وإذا ربح أخذ رب المال[١٠] ما أنفق من رأس المال، فإن باع المتاع[١١] مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان[١٢] ونحوه، ولا يحتسب ما أنفق على نفسه؛ لأن العرف جار[١٣] بإلحاق الأول[١٤] دون الثاني[١٥]، ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة[١٦]، والثاني لا يوجبها.

معه من جملة النفقة. (عناية)

(٢٠) أي يخبز أو يطبخ، أو يغسل الثياب. (ك)

(١) قوله: "كالحجاز" فإن أرض الحجاز حارة يحتاج أهلها إلى ترتيب أبدانهم بالدهن. (عيني)

(٢) أي يباح.

(٣) أي بقدر دفع الضرورة بلا إسراف.

(٤) أي ثمنه.

(٥) أي ثمن الدواء.

(٦) قطعًا.

(٧) فقد يمرض وقد لا يمرض، فلم يكن لازمًا.

(٨) إشارة إلى بيان الفرق بين النفقة والدواء.

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) قوله: "أخذ [من الربح تتميما لرأس ماله. ك] رب المال إلخ" يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة، فربحه يأخذ رب المال رأس ماله كاملا، فيكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال، فإذا استوفاه كان ما يبقى بينهما على ما شرطا. (ع)

(١١) بعد ما أنفق. (ع)

(١٢) قوله: "من الحُملان [بضم الحاء أجرة الحمل] ونحوه" كأجرة السمسار والقصار والصباغ يريد بهذا أن ما أنفق على المتاع يضم إلى رأس المال، ويبيع مرابحة على الكل، حتى لو اشتراه بألف درهم، واستأجر دوابا تحمله إلى مصره بمائة درهم، فإنه يبيعه مرابحة بألف ومائة لكنه لا يقول: اشتريته بألف ومائة بل يقول: قام على هكذا. (ك)

(١٣) بين التجار.

(١٤) أي ما أنفق على المتاع.

(١٥) أي ما أنفق على نفسه.

(١٦) قوله: "زيادة في المالية إلخ" كالصبغ والقصر ونحوهما، فإنه يوجب زيادة في عين المتاع، وكالحمل فإنه

قال[١]: فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابًا فقصرها[٢]، أو حملها بمائة من عنده وقد[٣] قيل له[٤]: اعمل برأيك فهو متطوع[٥]؛ لأنه[٦] استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال[٧] على ما مر[٨].

وإن صبغها أحمر[٩] فهو شريك[١٠] بما زاد الصبغ[١١] فيها، ولا يضمن؛ لأنه[١٢] عين مال[١٣] قائم به[١٤] حتى إذا بيع[١٥] كان له حصة الصبغ، وحصة الثوب الأبيض على المضاربة[١٦]، بخلاف القصارة[١٧]، والحمل[١٨]، لأنه[١٩] ليس بعين مال قائم به[٢٠]، ولهذا إذا فعله الغاصب[٢١] ضاع عمله، ولا يضيع[٢٢] إذا صبغ

يوجب زيادة في القيمة، لأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن. (عيني)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) قوله: "فقصرها [قصر –بالفتح– جامه را گاذرى كردن. ك]" أي غسلها بأجرة من ماله من قصر يقصر –بالضم– قصرًا، أو قصارة، أو من قصر الثوب –بالتشديد– أي جمعه فغسله، كما في القهستاني. (مجمع الأنهر)

(٣) الواو حالية.

(٤) من رب المال.

(٥) في المائة.

(٦) أي هذا الصنيع.

(٧) أي قول رب المال: اعمل برأيك.

(٨) قوله: "على ما مر" من قوله: ونوع لا يملكه إلا أن ينص عليه رب المال، وهو الاستدانة. (عيني)

(٩) قوله: "وإن صبغها أحمر" التخصيص بالحمرة لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة، فأما سائر الألوان فمثل الحمرة. (ك)

(١٠) لرب المال.

(١١) رنگ.

(١٢) أي الصبغ.

(١٣) قوله: "عين مال إلخ" وقد اختلط بمال المضاربة، ومال المضاربة متقوم، فيكون شريكًا ضرورة. (تبيين)

(١٤) أي بالمصبوغ.

(١٥) الثوب المصبوغ.

(١٦) قوله: "على المضاربة" حتى إذا كانت قيمة المتاع غير مصبوغ ألفًا، ومصبوغًا ألفًا ومائتين كان الألف للمضاربة، ومائتا درهم للمضارب بدل ماله، وهو الصبغ. (مل)

(١٧) قوله: "القصارة [مصدر من قصر الثوب]" بالفتح جامه شستن، يعنى پيشة گاذرى نمودن. (غياث)

(١٨) أي حمل المتاع.

(١٩) أي كل واحد.

(٢٠) قوله: "ليس بعين مال قائم به" أي بالثوب حتى يكون بإزاءه بعض الثمن، فيكون جميع الثمن للمضاربة، وإنما قال: ليس بعين مال قائم به لأنه في الحمل ظاهر، وأما في القصارة فلأنه لا تزيد فيه شيئًا، ويبقى أبيض على ما كان أصله. (ب)

(٢١) قوله: "إذا فعله الغاصب إلخ" يعنى إذا قصر الغاصب ثوب إنسان بغير إذنه، فازدادت قيمته بقصارته كان للمالك أن يأخذه ثوبه مجانًا بغير عوض، وأما إذا كان الغاصب صبغه أحمر، أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذ ثوبه

المغصوب، وإذا صار شريكًا[١] بالصبغ انتظمه قوله[٢]: اعمل برأيك انتظامه الخلط[٣] فلا يضمنه[٤].

فصل آخر[٥]

قال[٦]: فإن كان معه[٧] ألف بالنصف فاشترى بها بزًا[٨] فباعه[٩] بألفين واشترى بالألفين عبدًا، فلم ينقدهما[١٠] حتى ضاعا[١١] يغرم رب المال ألفا وخمسمائة، والمضارب خمسمائة، ويكون ربع العبد للمضارب[١٢]، وثلاثة أرباعه على المضاربة. قال[١٣]: هذا الذى ذكره[١٤] حاصل الجواب[١٥]، لأن الثمن كله على المضارب، إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما نبين[١٦]، فيكون[١٧] عليه[١٨] فى الآخرة[١٩].

مجانًا، بل يتخير رب الثوب إن شاء أخذ الثوب، وأعطاه قيمته مازاد الصبغ فيه يوم الخصومة، لا يوم الاتصال بثوبه، وإن شاء ضمنه جميع قيمة الثوب الأبيض يوم صبغه، وترك الثوب عليه. (ك)

(٢٢) عمله.

(١) لرب المال.

(٢) أى رب المال.

(٣) قوله: "انتظامه إلخ" يعنى يتناول قوله: اعمل برأيك للصبغ كما يتناول ذلك القول لخلطه مال المضاربة بمال نفسه، أو بمال الغير. (نهاية)

(٤) قوله: "فلا يضمنه" أى فلا يضمن المضارب الثوب بالصبغ لأن الشركة والخلطة بإذن رب المال. (مل)

(٥) قوله: "فصل آخر" لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها فى فصل على حدة، ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التى لا بد منها للمضاربة أخر ذكرها. (نت)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) مضارب.

(٨) قوله: "بزا" قال محمد فى "السير الكبير": البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز. (عينى)

(٩) البز.

(١٠) أى لم يدفع الألفين إلى بائع العبد.

(١١) الألفان.

(١٢) قوله: "ويكون ربع إلخ" لأن المضارب لما باع البز بألفين ظهر الربح بقدر الألف، فيملك المضارب نصفه وهو خمس مائة، فإذا اشترى بالألفين عبدًا صار ربع العبد له وثلاثة أرباعه لرب المال، فإذا هلك الثمن كان ما يخص الربع على المضارب، وما يخص ثلاثة أرباع على رب المال. (عينى)

(١٣) أى المصنف.

(١٤) قوله: "هذا الذى [أى تقسيم الغرامة بينهما] ذكره [أى محمد]" إشارة إلى قوله: يغرم رب المال، أى لا يغرم فى الحال إذ الثمن فى الحال كله على المضارب، لأنه هو العاقد. (ك)

(١٥) أى الحكم.

ووجهه أنه لما نض[١] المال[٢] ظهر الربح[٣]، وهو خمسمائة، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه[٤] لنفسه، وثلاثة أرباعه[٥] للمضاربة على حسب انقسام الألفين[٦]، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن[٧] لما بيناه[٨]، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال، لأنه وكيل من جهته[٩] فيه[١٠]، ويخرج نصيب المضارب، وهو الربح من المضاربة، لأنه[١١] مضمون عليه[١٢].

ومال المضاربة أمانة[١٣]، وبينهما منافاة[١٤]، ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة، لأنه ليس فيه[١٥] ما ينافي المضاربة[١٦]، ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة[١٧]؛ لأنه[١٨] دفعه مرة ألفاً، ومرة ألفاً وخمسمائة، ولا يبيعه[١٩]

---

(١٦) أنفاً.

(١٧) الثمن.

(١٨) أي على رب المال.

(١٩) سپس. (من)

(١) أي نقد وتيسر وتحصل. نض نقد گريدن درم ودينار.

(٢) أي البز.

(٣) للمضارب.

(٤) العبد.

(٥) العبد.

(٦) أي على الأرباع فإن الربع للمضارب، وثلاثة الأرباع لرب المال.

(٧) أي ثمن العبد.

(٨) إشارة إلى قوله: لأن الثمن كله على المضارب إلخ.

(٩) رب المال.

(١٠) أي في شراء هذا العبد.

(١١) أي لأن نصيبه.

(١٢) لدخول الربع في ملكه وضمانه.

(١٣) في يد المضارب.

(١٤) قوله: "وبينهما [أي المضمون والأمانة] منافاة" أي بين كون الشيء مضموناً وبين كونه أمانة منافاة، لأنه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه أمانة، وهذا لا يجوز. (ك)

(١٥) أي في إبقاء ثلاثة الأرباع على المضاربة.

(١٦) لأن رب المال موكل، وقرار الضمان إنما يكون على الموكل. (ك)

(١٧) قوله: "ويكون إلخ" أي كون رأس المال جميع ما دفع رب المال إلى المضارب، وهو ألفان وخمس مائة. (تبيين)

(١٨) رب المال.

(١٩) العبد.

مرابحة إلا على الألفين، لأن اشتراه بألفين، ويظهر ذلك[١] فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف، فحصة المضاربة[٢] ثلاثة آلاف يرفع رأس المال، ويبقى خمسمائة ربحًا بينهما[٣]. قال[٤]: وإن كان معه ألف فاشترى رب المال[٥] عبدًا بخمسمائة، وباعه[٦] إياه بألف، فإنه يبيعه[٧] مرابحة على خمسمائة؛ لأن هذا البيع[٨] مقضى بجوازه لتغاير المقاصد[٩] دفعًا للحاجة، وإن[١٠] كان بيع ملكه[١١] بملكه[١٢]، إلا[١٣] أن فيه شبهة العدم[١٤]، ومبنى المرابحة على الأمانة، والاحتراز عن شبهة الخيانة، فاعتبر أقل الثمنين[١٥].

ولو اشترى المضارب عبدًا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه[١٦] مرابحة بألف ومائة؛ لأنه اعتبر عدمًا[١٧] في حق نصف الربح، وهو نصيب رب المال، وقد مر في البيوع[١٨].

---

(١) قوله: "ويظهر ذلك" أي جميع ما ذكر قبله وهو خروج نصيب المضارب، وهو الربع من المضاربة، وبقاء ثلاثة أرباع العبد على المضاربة، وظهور الربح بعد ذلك على ما شرطا. (عيني)

(٢) قوله: "فحصة المضاربة إلخ" لأن ربع العبد كان له، فيكون له ربع الثمن وهو الألف، فيبقى ثلاثة آلاف يرفع منه رأس المال، وهو ألفان وخمس مائة، ويبقى خمس مائة ربحًا يقسمانه على ما شرطا. (ك)

(٣) أي المضارب ورب المال.

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) أي من أجنبي. (ك)

(٦) أي العبد.

(٧) أي العبد.

(٨) أي بيع رب المال من المضارب.

(٩) قوله: "لتغاير المقاصد" إذ مقصوده وصوله إلى الألف، ومقصود المضارب وصوله إلى المبيع. (كفاية)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) رب المال.

(١٢) رب المال.

(١٣) استثناء من قوله: مقضى بجوازه.

(١٤) أي عدم الجواز.

(١٥) قوله: "فاعتبر [في المرابحة] أقل الثمنين" وهو خمس مائة لثبوته من كل وجه، والأكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أنه بيع ماله بماله. (ع)

(١٦) رب المال.

(١٧) قوله: "لأنه [أي هذا البيع] اعتبر عدمًا" لأنه لم يزل العبد عن ملكه، ولم يستفد ألفًا لم يكن في ملكه، ومبنى المرابحة على الأمانة، والتحرز عن الخيانة، فيكون البيع الثاني ملحقًا بالعدم في حقها، فكأنه لم يوجد إلا البيع الأول.

(١٨) في باب المرابحة. (ك)

قال[١]: فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها[٢] عبدًا قيمته ألفان[٣]، فقتل العبد رجلا خطأ، فثلاثة أرباع الفداء على رب المال[٤]، وربعه على المضارب؛ لأن الفداء مؤنة الملك، فيتقدر بقدر الملك، وقد كان الملك بينهما[٥] أرباعًا، لأنه لما صار المال عينًا واحدًا[٦] قيمته ألفان ظهر الربح[٧] وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله؛ لأن قيمته ألفان.

وإذا فديا[٨] خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بيناه[٩]، وأما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما[١٠]، لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما[١١]، والمضاربة تنتهي بالقسمة، بخلاف ما تقدم[١٢]، لأن جميع الثمن فيه[١٣] على المضارب وإن[١٤] كان له حق الرجوع[١٥] فلا حاجة إلى القسمة[١٦]، ولأن العبد[١٧] كالزائل[١٨] عن ملكهما بالجناية[١٩]، ودفع الفداء كابتداء الشراء[٢٠]، فيكون

---

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) أي بالألف.

(٣) قوله: "قيمته ألفان" إنما قيد به لأنه لو كان قيمته ألفًا فجنايته على رب المال بلا خلاف. (عيني)

(٤) قوله: "فثلاثة إلخ" أي كان الدفع والفداء إليهما، فإن دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة، إن فدياه فثلاثة إلخ. (ع)

(٥) أي رب المال والمضارب.

(٦) قوله: "عينًا واحدًا" قيد العين بالواحدة، احتراز عما إذا كانا عينين، فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم. (ع)

(٧) قوله: "ظهر الربح" بدليل أنه يظهر في حق العتق إذا كان قريبًا له، ولو أعتقه ينفذ أيضًا. (ك)

(٨) أي رب المال والمضارب.

(٩) قوله: "فلما بيناه" أشار به إلى ما ذكره من قوله: ويخرج نصيب المضارب، وهو الربع عن المضاربة لأنه مضمون عليه. (عيني)

(١٠) أي رب المال والمضارب.

(١١) قوله: "لما أنه يتضمن إلخ" لأن الخطاب بالفداء يوجب سلامة ما فدى للفادي، ولا سلامة إلا بالقسمة.(ب)

(١٢) قوله: "بخلاف ما تقدم" أي في أول الفصل، وأراد به ما إذا ضاع الألفان حيث لا ينتهي المضاربة هناك بل تثبت على ما كانت. (عيني)

(١٣) أي فيما تقدم.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) على رب المال.

(١٦) لعدم أمر يقتضي ذلك.

(١٧) الخاطئ.

(١٨) والمضاربة تنتهي بالهلاك.

العبد[1] بينهما أرباعًا، لا على المضاربة[2] يخدم المضارب يومًا، ورب المال ثلاثة أيام، بخلاف ما تقدم[3].

قال[4]: وإن كان معه ألف، فاشترى بها عبدًا، فلم ينقدها[5] حتى هلكت الألف يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم[6]، ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال؛ لأن المال أمانة في يده[7]، والاستيفاء[8] إنما يكون بقبض مضمون[9]، وحكم الأمانة ينافيه[10]، فيرجع مرة بعد أخرى[11]. بخلاف الوكيل بالشراء[12] إذا كان الثمن مدفوعا إليه[13] قبل الشراء، وهلك[14] بعد الشراء حيث لا يرجع[15] إلا مرة، لأنه

---

(١٩) لأن الموجب الأصلي هو دفع العبد.

(٢٠) أي شراء العبد من ولي الجناية.

(١) بعد فداءهما.

(٢) لخروج العبد عن المضاربة.

(٣) قوله: "بخلاف ما تقدم" وذكر في الفوائد الظهيرية: فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال من المضاربة، وههنا يخرج، والفرق أن الواجب فيما تقدم ضمان التجارة، وضمان التجارة لا ينافي المضاربة، والواجب ههنا ضمان الجناية، وضمان الجناية ليس من التجارة في شيء، فلا يبقى على المضاربة. (ك)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) أي الألف.

(٦) قوله: "ثم وثم" يعني إذا كان مع المضارب ألف درهم، فاشترى به عبدًا، وضاع الثمن قبل النقد يرجع على رب المال، فإذا دفع إليه ثانيًا، ثم هلك قبل النقد أيضًا يرجع عليه أيضًا، وهكذا يرجع عليه كلما هلك إلى ما لا يتناهى، ويكون رأس المال حين ما دفع إليه رب المال. (تبيين)

(٧) لأن مبنى المضاربة عليها.

(٨) أي استيفاء الحق.

(٩) قوله: "إنما يكون بقبض إلخ" فلو حمل قبض المضارب على الاستيفاء لصار ضامنًا وهو أمين، فإذا كان كذلك فحمل قبضه ثانيًا وثالثًا إلى غير النهاية على جهة الأمانة دون الاستيفاء. (عيني)

(١٠) الضمان.

(١١) قوله: "فيرجع مرة بعد أخرى [حيث ما وجد الهلاك]" لأن الشراء لا يبطل بهلاك الثمن، فيبقى موجبا دين الثمن عليه، وهو عامل لرب المال، فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين في العمل، واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الألوف، لأن جميعها يصير رأس مال المضاربة، وقبض رأس المال قبض أمانة، واستيفاء الدين إنما يكون بقبض مضمون، وقبض الأمانة لا ينوب عن القبض المضمون، فلهذا لا يرجع إليه مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه الثمن بوصول الثمن إلى البائع. بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعًا إليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن إلا مرة، لأن قبض الوكيل جاز اتصافه بالضمان، والأمانة كالغاصب، إذا توكل بيع المغصوب جاز، ويكون مضمونًا عليه، حتى لو هلك في يد الوكيل يجب الضمان. (ك)

(١٢) أي بشراء عبد بعينه.

(١٣) من الموكل.

(١٤) أي الثمن قبل النقد إلى البائع.

أمكن جعله[١] مستوفيًا، لأن الوكالة تجامع الضمان[٢]، كالغاصب إذا توكل[٣] ببيع المغصوب، ثم في الوكالة في هذه الصورة[٤] يرجع مرة، وفيما إذا اشترى[٥] ثم دفع الموكل إليه المال فهلك[٦] لا يرجع[٧]، لأنه ثبت له حق الرجوع[٨] بنفس الشرى، فجعل مستوفيًا بالقبض بعده[٩]، أما لمدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده، وهو[١٠] قائم على الأمانة بعده[١١]، فلم يصر مستوفيًا[١٢]، فإذا هلك[١٣] رجع[١٤] عليه[١٥] مرة ثم لا يرجع[١٦] لوقوع الاستيفاء على ما مر[١٧].

فصل في الاختلاف[١٨]

قال[١٩]: وإذا كان مع المضارب ألفان، فقال: دفعت إليّ ألفًا، وربحتُ ألفًا، وقال رب المال: لا، بل دفعتُ إليك ألفين[٢٠] فالقول قول المضارب.

---

(١٥) الوكيل على الموكل.

(١) الوكيل.

(٢) بخلاف المضاربة فإن مبناها على الأمانة. (عيني)

(٣) قوله: "كالغاصب إذا توكل [أي قبل الوكالة]" حيث جازت الوكالة، فإذا هلك العبد في يد الغاصب بعد ما صار وكيلا ضمن، لأنه لم يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة. (عيني)

(٤) أي ما إذا كان الثمن مدفوعًا إلى الوكيل قبل الشراء.

(٥) الوكيل.

(٦) عند الوكيل.

(٧) الوكيل على الموكل.

(٨) على الموكل.

(٩) الشراء.

(١٠) أي ما هو المدفوع.

(١١) الشراء.

(١٢) لكون قبضه قبض أمانة.

(١٣) ما هو المدفوع.

(١٤) الوكيل.

(١٥) الموكل.

(١٦) بعد ذلك أصلا.

(١٧) قوله: "على ما مر" أشار به إلى ما ذكره بقوله: لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء، فجعل مستوفيًا بالقبض بعده. (عيني)

(١٨) قوله: "فصل في الاختلاف [أي بين رب المال والمضارب. نت]" لما بين أحكام مسائل الاتفاق فيما بين رب المال والمضارب شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما لأن الأصل هو الاتفاق. (نهاية)

(١٩) أي محمد. (عيني)

وكان أبو حنيفة يقول أولا: القول قول رب المال، وهو قول زفر، لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح، وهو[1] ينكر، والقول قول المنكر.

ثم رجع[2] إلى ما ذكره في الكتاب، لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض، وفي مثله[3] القول قول القابض ضمينًا[4] كان أو أمينًا[5]، لأنه أعرف بمقدار المقبوض. ولو اختلفا[6] مع ذلك[7] في مقدار الربح فالقول فيه[8] لرب المال، لأن الربح يستحق بالشرط، وهو يستفاد من جهته[9]، وأيهما أقام البينة[10] على ما ادعى من فضل قبلت[11]، لأن البينات للإثبات.

قال[12]: ومن كان معه ألف درهم، فقال: هي مضاربة لفلان بالنصف، وقد ربح ألفًا، وقال فلان: هي بضاعة، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعي[13] عليه تقويم عمله[14]، أو شرطا[15] من جهته، أو يدعي الشركة، وهو ينكر[16].

---

(٢٠) المضاربة.

(١) رب المال.

(٢) الإمام.

(٣) قوله: "وفي مثله" أي في مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض، احترز به عما وقع الاختلاف في صفة المقبوض من كونه قرضًا، أو وبعةً، أو بضاعةً، فالقول فيه قول رب المال. (ك)

(٤) كالغاصب.

(٥) كالمودع.

(٦) قوله: "ولو اختلفا [أي رب المال والمضارب] إلخ" صورته قال رب المال: رأس المال ألفان، وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف، وشرطت لي نصف الربح، فالقول في الربح لرب المال، وفي القدر للمضارب. (عيني)

(٧) أي مع الاختلاف في رأس المال. (ك)

(٨) الربح.

(٩) رب المال.

(١٠) قوله: "وأيهما أقام إلخ" وإن أقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال أولى في مقدار رأس المال، وبينة المضارب أولى في مقدار الربح، لأنها أكثر إثباتًا. (تبيين)

(١١) قوله: "على ما ادعى من فضل" أما رب المال فإنه يدعي فضل في رأس ماله، فتقبل بينته فيه، وأما المضارب فإنه يدعي فضلا في الربح، فتقبل بينته فيه. (عيني)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني) وليس في نسخة العيني ههنا: قال.

(١٣) بدعوى المضاربة.

(١٤) بقدر الربح.

(١٥) بمقدار الربح.

(١٦) والقول للمنكر.

ولو قال المضارب[١]: أقرضتني[٢]، وقال رب المال: هي بضاعة، أو وديعة، أو مضاربة فالقول لرب المال، والبينة بينة المضارب؛ لأن المضارب يدعي عليه التملك[٣]، وهو ينكر.

ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع، وقال الآخر[٤]: ما سميت لي تجارة بعينها، فالقول[٥] للمضارب[٦]؛ لأن الأصل فيه[٧] العموم[٨] والإطلاق والتخصيص بعارض الشرط[٩]، بخلاف الوكالة، لأن الأصل فيه[١٠] الخصوص[١١]. ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً[١٢] فالقول لرب المال؛ لأنهما اتفقا على التخصيص، والإذن يستفاد من جهته، فيكون القول له.

ولو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته[١٣] إلى نفي الضمان[١٤] وعدم حاجة الآخر إلى البينة[١٥]، ولو وقتت البينتان وقتاً[١٦]، فصاحب الوقت الأخير أولى، لأن

---

(١) قوله: "ولو قال المضارب إلخ" سماه مضارباً للمشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسألة على طريقة قوله تعالى: ﴿تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك﴾. (نت)

(٢) هذا المال.

(٣) أي تملك الربح. (نهاية)

(٤) أي المضارب. (ك)

(٥) في دعوى العموم. (ك)

(٦) مع اليمين. (ك)

(٧) أي في المضاربة.

(٨) فكان القول لمن يتمسك بالأصل.

(٩) قوله: "والتخصيص بعارض إلخ" أي تخصيص المضاربة بنوع بعارض الشرط من جهة رب المال، وإلا فالأصل التعميم، ولهذا لو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك جميع أنواع التجارات، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص. (عيني)

(١٠) أي في الوكالة.

(١١) قوله: "الخصوص" ولا يثبت فيه العموم إلا بالتنصيص. (مل)

(١٢) بأن قال رب المال: في البز، وقال المضارب: في الطعام.

(١٣) قوله: "لحاجته" أي لاحتياجه إلى إثبات الإذن في نوع يدعي الإذن فيه، حتى ينتفي الضمان عنه، وعدم حالة الآخر، أي رب المال إلى البينة، لأن ما يدعيه ثبت بقوله: إذ هو المتمسك بالأصل. (ك)

(١٤) عن نفسه.

(١٥) قوله: "وعدم حاجة [لعدم الضمان من جهته] الآخر [رب المال] إلخ" لأن الإذن مستفاد من جهته كما تقرر فيما مر آنفا، فكان ما يدعيه ثابتاً بقوله: فلم يحتج إلى البينة. (نت)

(١٦) قوله: "ولو وقتت البينتان إلخ" بأن قال رب المال: دفعت إليك مضاربة أن تعمل في بز في رمضان، وقال المضارب: دفعت إلي لأن أعمل في طعام في شوال، أو بالعكس، فأقاما البينة كانت بينة من يقول في شوال أولى. (تبيين)

آخر الشرطين ينقض الأول[١].

كتاب[٢] الوديعة[٣]

قال[٤]: الوديعة أمانة في يد المودع[٥] إذا هلكت لم يضمنها؛ لقوله عليه السلام[٦]: «ليس على المستعير غير المغِل[٧] ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان»*، ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع، فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم.

قال[٨]: وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله[٩]؛ لأن الظاهر أنه يلتزم

---

(١) قوله: "لأن آخر الشرطين إلخ" هذا من باب العمل بالبينتين، لأن العمل بهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم أولا، ثم نهى عن العموم، فأذن له بالخصوص، أو أذن له بالخصوص أولا، ثم أذن له بالعموم.

وإن لم يوقت البينتان وقتًا، أو وقتًا على السواء، أو وقتت إحداهما دون الأخرى يقضى ببينة رب المال، لأنه تعذر القضاء بهما معًا، لأنهما لا يقعان معًا، ولا على الترتيب، لأن الشهود لم يشهدوا بالترتيب، وإذا تعذر القضاء بالأمرين تعذر العمل بالبينتين، فيعمل بينة رب المال، لأنها تثبت ما ليس بثابت. (كفاية)

(٢) قوله: "كتاب" وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول كتاب الإقرار، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة، للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى، لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شيء، وفي العارية تمليك النفقة بلا عوض، وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الإجارة تمليك المنفعة بعوض، وهي عقد لازم، واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم، فكان في الكل الترقي من الأدنى إلى الأعلى. (نت)

(٣) قوله: "الوديعة [الوديعة فعيلة هو ما يترك عند الأمين. تبيين]" الودع الترك، وسميت الوديعة بها لأنها شيء يترك عند الأمين، والوديعة خاصة والأمانة عامة، فإن الوديعة هي المستحفظ قصدًا، والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده، وإن كان من غير قصد بأن هبت الريح وألقت ثوب إنسان في حجر إنسان، وفي الوديعة إذا عاد إلى الوفاق بعد الخلاف يبرأ عن الضمان، وفي الأمانة لا. والإيداع لغة تسليط الغير على حفظه، أي شيء كان مالا أو غير مال، وشريعة تسليط الغير على حفظ المال، وركنها الإيجاب والقبول، وشرطها كون المال قابلا لإثبات اليد ليتمكن من حفظه، فلو اودع الآبق، أو المال الساقط في البحر لا يصح، وحكمها وجوب الحفظ، وسببها تعلق البقاء المقدور بالتعاطي. (مل)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "المودع" صاحب المال مودع ومستودع -بكسر الدال- فيهما، والحافظ مودع ومستودع، بفتح الدال، فيهما، والمال مودع ووديعة، كذا في "الكفاية".

(٦) أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في "سننهما". (ت)

(٧) الخائن.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٥، والدراية ج٢، الحديث٨٤٩ ص١٨١. (نعيم)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: " وبمن في عياله" قالوا: المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع، فحسب، فإن المرأة إذا أودع عندها شيء جاز لها أن تدفع إلى زوجها، وابن المودع الكبير إذا كان يساكنه، ولم يكن في نفقته، وترك الأب البيت على الإبن لم يضمن لكن بشرط أن لا يعلم بمن في عياله الخيانة، فإن علم ذلك وحفظ بهم ضمن. (عناية)

قوله: "في عياله" من زوجته أو ولده، أو والده، أو أجيره، والمراد بالأجير التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة ومسانهة، فأما الأجير بعمل من الأعمال فكسائر الأجانب يضمن بالدفع إليه. (ك)

حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه[١]، ولأنه لا يجد بدًا من الدفع[٢] إلى عياله، لأنه لا يمكنه ملازمة بيته[٣]، ولا استصحاب الوديعة في خروجه، فكان المالك راضيًا به[٤]، فإن[٥] حفظها[٦] بغيرهم، أو أودعها غيرهم ضمن[٧]؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره، والأيدي تختلف[٨] في الأمانة[٩]، ولأن الشيء لا يتضمن مثله[١٠]، كالوكيل لا يوكل غيره، والوضع[١١] في حرز[١٢] غيره إيداع[١٣] إلا إذا استأجر الحرز، فيكون حافظًا بحرز نفسه[١٤].

قال: إلا[١٥] أن يقع[١٦] في داره حريق[١٧]، فيسلمها إلى جاره، أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى؛ لأنه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة، فيرتضيه المالك[١٨].

---

(١) وإنما يحفظ ماله بمن في عياله. (عناية)

(٢) أي دفع الوديعة.

(٣) قوله: "لأنه لا يمكنه ملازمة بيته" أي في جميع الأوقات لأنه يخرج في قضاء حوائجه وأداء ما عليه من الواجبات. (عيني)

(٤) قوله: "فكان المالك [أي صاحب الوديعة] إلخ" الأولى ترك هذا القول فإن المدار على الضرورة، ولا دخل لرضا المالك، فإن المالك إذا منعه عن الدفع إلى من في عياله لا يضمن، كذا في "نتائج الأفكار". (مل)

(٥) هذا لفظ القدوري.

(٦) قوله: "فإن حفظها [أي الوديعة] إلخ" قال العلامة حميد الدين: معنى قوله: فإن حفظها بغيرهم إذا كان بأجره، معنى قوله: أودعها إذا كان بغير أجر، وقيل: معنى قوله: فإن حفظها بغيرهم أن يستحفظ المودع الوديعة في بيته بغيره، بأن ترك الوديعة والغير في بيته، وخرج هو بنفسه، أو أودعها غيرهم بأن نقل الوديعة من بيته، ودفعها إلى أجنبي وديعة. (ك)

(٧) في الوجهين.

(٨) قوله: "تختلف إلخ" فرب يد يتوثق بها المودع، ولا يتوثق بها المالك، وكذا على العكس. (عيني)

(٩) فلا يكون رضا المالك بيدهم رضا بيد غيرهم. (زاهد)

(١٠) قوله: "لا يتضمن إلخ" ولا يلزم المستعير حيث له أن يعير، والمأذون له أن يأذن، والمكاتب له أن يكاتب، لأن المستعير مالك، والمأذون والمكاتب يتصرف بحكم فك الحجر كما بعد العتق، فملك أن يملك غيره، بخلاف المودع فإنه مأمور بالحفظ، والمأمور بالشيء لا يملك أن يفوض ما أمر به إلى غيره، ولهذا الوكيل بالطلاق والعتاق لا يوكل غيره، وإن كان الناس لا يتفاوتون فيه. (ك)

(١١) أي وضع المودع الوديعة.

(١٢) حرز –بالكسر– جاى استوار. (من)

(١٣) فكما يضمن بالإيداع عند غيره، كذلك يضمن بالوضع في حرز غيره.

(١٤) لأنه بالاستجار صار الحرز له، وإن كان الملك لغيره.

(١٥) استثناء من قوله: فإن حفظها بغيرهم إلخ. (ع)

(١٦) قوله: "أن يقع" أي مگر آنكه در خانه وى آتش بگيرد انگاه بهمسايه بدهد، كذا قال في ترجمة "شرح الوقاية".

(١٧) حريق: آتش زبانه زننده. (كنز اللغات)

ولا يصدق على ذلك إلا ببينة[١] ؛ لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب[٢] ، فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع[٣] .

قال[٤] : فإن طلبها صاحبها فمنعها[٥] وهو[٦] يقدر على تسليمها ضمنها[٧] ؛ لأنه[٨] متعد بالمنع ، وهذا[٩] لأنه لما طالبه لم يكن راضيًا بإمساكه بعده[١٠] ، فيضمنها بحبسه عنه[١١] .

قال[١٢] : وإن خلطها[١٣] المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ، ثم لا سبيل للمودع عليها[١٤] عند أبي حنيفة ، وقالا : إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء[١٥] مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود ، والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير .

لهما : أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة ، وأمكنه معنى بالقسمة[١٦] معه[١٧] ، فكان[١٨] استهلاكا من وجه دون وجه[١٩] ، فيميل إلى أيهما[٢٠] شاء .

---

(١٨) دلالة.

(١) قوله: "إلا ببينة" ذكر شمس الأئمة الحلواني إذا وقع في بيت المودع حريق فدفع الوديعة إلى أجنبي، فإن أمكنه أن يتناولها بعض من في عياله فهو ضامن، وإلا فلا ضمان عليه لا يصدق على ذلك إلا ببينة، وفي "المنتقى": إذا علم أنه احترق داره قبل قوله: وإن لم يعلم لا تقبل إلا ببينة. (ك)

(٢) أي سبب الضمان، وهو التسليم إلى الجار.

(٣) قوله: "كما إذا ادعى إلخ" فلا يصدق إلا ببينة لأنه يدعي سقوط الضمان بعد تحقق السبب. (عيني)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) وفي نسخة: فحبسها.

(٦) الواو حالية.

(٧) بالهلاك.

(٨) المودع.

(٩) أي وجوب الضمان لكونه متعديًا بالمنع.

(١٠) أي بعد الطلب.

(١١) أي بحبس المودع الوديعة عن المالك.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) الوديعة.

(١٤) الوديعة.

(١٥) قوله: "شركه إن شاء" ولو هلك قبل التمييز هلك من مالهما. (ك)

(١٦) قوله: "وأمكنه معنى إلخ" إذ القسمة فيما يكال أو يوزن إفراز وتعيين بالإجماع، ولهذا يملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصة نفسه بلا رضاء وقضاء، وإذا كان استهلاكًا من وجه دون وجه فإن شاء مال إلى جانب الهلاك، وضمنه مثله، وإن شاء مال إلى جانب القيام، وشاركه في المخلوط. (ك)

(١٧) حيث لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة.

وله أنه[١] استهلاك من كل وجه[٢]، لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه، ولا معتبر بالقسمة[٣]؛ لأنها من موجبات الشركة، فلا تصلح[٤] موجبة لها[٥] ولو أبرأ[٦] الخالط[٧] لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة، لأنه لا حق له إلا في الدين، وقد سقط[٨]، وعندهما بالإبراء يسقط خيرة[٩] الضمان، فيتعين الشركة في المخلوط، وخلط الخل[١٠] بالزيت، وكل مائع[١١] بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان[١٢]، وهذا[١٣] بالإجماع؛ لانه[١٤] استهلاك صورة، وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس[١٥].

ومن هذا القبيل[١٦] خلط الحنطة بالشعير في الصحيح، لأن أحدهما[١٧] لا يخلو

---

(١٨) الخلط.

(١٩) حيث أمكنه معنى.

(٢٠) أى الوجهين.

(١) أى الخلط.

(٢) قوله: "من كل وجه" لأنه ليس الاستهلاك من العباد إلا هذا، وهو التعييب، وأما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى، ولهذا كان له حق التضمين بالإجماع، وهو أمارة الاستهلاك. (ك)

(٣) قوله: "ولا معتبر إلخ" جواب عن قولهما: وأمكنه معنى بالقسمة، لأن القسمة ليست بموصلة إلى عين حقه، ولكن جعلت طريقاً للانتفاع بطريق الضرورة بناء على قيام الشركة وحكماً لها، فلا تصلح علة موجبة للشركة، لأن حكم العلة لا يكون علة العلة. (ك)

(٤) قوله: "فلا تصلح [أى قسمة]" كما قالا: من إنه لما أمكنه الوصول إلى عين حقه معنى بالقسمة فله أن يشرك إن شاء.

(٥) الشركة.

(٦) بيان ثمرة الخلاف.

(٧) عن الضمان.

(٨) بالإبراء.

(٩) اختيار.

(١٠) روغن كنجد. (من)

(١١) روان بر زمين، أى سائل كالسمن بالدهن.

(١٢) منتهيا.

(١٣) أى وجوب الضمان.

(١٤) أى هذا الخلط.

(١٥) فتعين المصير إلى الضمان.

(١٦) قوله: "ومن هذا القبيل إلخ" أى من قبيل ما يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح، لأنه لا يصل المالك إلى عين ملكه إلا بحرج، والمتعسر كالمتعذر، ولأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير، والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة، فتعذر التمييز حقيقة، وتعذر التمييز حكماً أيضاً بالقسمة لاختلاف الجنس، لأن القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع.

عن حبات الآخر، فتعذر التميز والقسمة، ولو خلط المائع بجنسه[١] فعند أبي حنيفة يتقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا[٢]، وعند أبي يوسف يجعل الأقل[٣] تابعًا للأكثر اعتبارًا للغالب أجزاء، وعند محمد شركه بكل حال[٤]، لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده[٥] على ما مر في الرضاع[٦]، ونظيره[٧] خلط الدراهم بمثلها إذابة[٨]، لأنه[٩] يصير مائعًا بالإذابة.

قال[١٠]: وإن اختلطت[١١] بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها[١٢]، كما إذا انشق[١٣] الكيسان[١٤] فاختلطا، لأنه لا يضمنها لعدم الصنع[١٥]، فيشتركان[١٦]، وهذا بالاتفاق. قال[١٧]: فإن أنفق المودع بعضها[١٨]، ثم رد مثله[١٩]، فخلطه بالباقي[٢٠]

وقيل: لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالإجماع ههنا، ويكون له الخيار، وقيل: القياس أن يصير المخلوط ملكًا للخالط عند أبي حنيفة، وفي الاستحسان لا يصير. (كفاية)

(١٧) أي الحنطة والشعير.

(١) بأن خلط الخل بالخل.

(٢) قوله: "لما ذكرنا" أشار به إلى ما ذكر من قوله: لأنه استهلاك من كل وجه. (عيني)

(٣) قوله: "يجعل الأقل إلخ" فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبارًا. (عناية)

(٤) أي سواء كان أحدهما غالبًا أو مغلوبًا، أو كانا متساويين.

(٥) أي محمد.

(٦) قوله: "على ما مر في الرضاع" من أنه إذا جمع بين لبن امرأتين في قدح، وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما عند محمد، وعند أبي يوسف العبرة للأكثر. (عيني)

(٧) ونظير خلط المائع بمثله.

(٨) قوله: "إذابةً [أذابه إذابةً: گداز ايند آن را. من]" أراد أنه إذا أذاب دراهم غيره مع دراهمه، فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك بكل حال إلى الضمان، وأبو يوسف يجعل الأقل تابعًا للأكثر في رواية عنه، وقال محمد: يشركه بكل حال. (ب)

(٩) أي الدراهم.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) الوديعة.

(١٢) وديعة.

(١٣) في صندوقه بفرض فارة أو غيره.

(١٤) كيس -بالكسر- كيسه سيم ورز. (من)

(١٥) الموجب للضمان.

(١٦) أي المودَع والمودِع.

(١٧) أي القدوري. (عيني)

(١٨) الوديعة.

(١٩) قوله: "ثم رد مثله" أي رد مثل ما أنفق قيد بالإنفاق، ورد المثل لأنه لو أخذه لأجل الإنفاق، ثم رده قبل

ضمن الجميع[١]، لأنه خلط مال غيره بماله، فيكون[٢] استهلاكًا على الوجه الذي تقدم. قال[٣]: وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة، فركبها، أو ثوبًا فلبسه، أو عبدًا فاستخدمه، أو أودعها عند غيره، ثم أزال التعدي، فردها إلى يده زال الضمان[٤]. وقال الشافعي: لا يبرأ عن الضمان، لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنًا للمنافاة[٥]، فلا يبرأ إلا بالرد على المالك.

ولنا: أن الأمر باقٍ[٦] لإطلاقه، وارتفاع[٧] حكم العقد[٨] ضرورة ثبوت نقيضه[٩]، فإذا ارتفع عاد حكم العقد كما إذا استأجره للحفظ[١٠] شهرا، فترك الحفظ في بعضه، ثم حفظ في الباقي، فحصل الرد[١١] إلى نائب المالك[١٢].

قال[١٣]: فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها[١٤]؛ لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه، فيضمنها، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان، لارتفاع العقد[١٥]، إذ المطالبة بالرد رفع من جهته،

الإنفاق لم يضمن لأنه أن خالف عاد إلى الوفاق. (عيني)

(٢٠) من الوديعة.

(١) قوله: "ضمن الجميع" أي بعضه بالإنفاق وبعضه بالخلط، وحكم الخلط ما مر من الوجوه وفاقًا وخلافًا، وهذا لأن ما أنفق صار دينًا في ذمته، وهو لا يتفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه، فيكون خلطا لما بقي بملك نفسه، وهو موجب للضمان عليه، نعم يد المودع كيده، لكن فيما فوض إليه، وهو الحفظ لا في الخلط. (ك)

(٢) هذا الخلط.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "زال الضمان" إنما قال: زال، لأن الضمان وجب عليه بنفس الركوب، حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف. (عيني)

(٥) بين الضمان والأمانة.

(٦) قوله: "ولنا أن الأمر باق" أي الأمر بالحفظ وهو الإيداع باق لإطلاق ذلك الأمر، لأن قوله: احفظ هذا المال يتناول جميع الأوقات. (عيني)

(٧) جواب عن قول الشافعي لأن عقد الوديعة ارتفع.

(٨) أي عدم الضمان.

(٩) قوله: "ضرورة ثبوت نقيضه" وهو وجوب الضمان، لأن حكم عقد الوديعة الحفظ، و عدم الضمان ونقيض هذا العقد وجوب الضمان. (حميدية)

(١٠) أي لحفظ متاعه.

(١١) قوله: "فحصل إلخ" جواب عن قول الشافعي فلا يبرأ إلا بالرد على المالك. (مل)

(١٢) وهو المودع، أعني نفسه. (ك)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) فإنه لم يخرج بذلك عن كونه أمينًا.

والجحود فسخ من جهة المودع، كجحود الوكيل[1] الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع[2]، فتم الرفع[3]. أو لأن المودع يتفرد[4] بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد، فلم يوجد الرد إلى نائب المالك[5]، بخلاف الخلاف[6]، ثم العود إلى الوفاق، ولو جحدها[7] عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف، خلافًا[8] لزفر[9]، لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ، لأن فيه[10] قطع[11] طمع الطامعين، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه، أو طلبه[12]، فبقي الأمر[13] بخلاف ما إذا كان[14] بحضرته.

قال[15]: وللمودع أن يسافر[16] بالوديعة و إن[17] كان لها حمل[18] ومؤنة عند

---

(١٥) فإذا ارتفع لا يعود إلا بعقد جديد.

(١) أي بمحضر من الموكل، فكان فسخًا.

(٢) أي حصول البيع.

(٣) قوله: "فتم الرفع [أي نقض عقد الإيداع. ن]" فإنه لما جحد الوديعة فقد عزل نفسه عن الحفظ، والمالك لما طلب منه الوديعة عزله، فاتفقا على العزل. (مل)

(٤) يستقل.

(٥) لأن المودع لم يبق نائبًا بعد الجحود.

(٦) قوله: "بخلاف الخلاف إلخ" يعني إذا خالف فعلا ثم عاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله، لأنه باق، إذ الخلاف ليس برد الأمر، لأن الأمر قول، ورد القول بقول مثله، وأما الجحود فهو قول ورد للأمر، لأن الجاحد يكون متملكًا للعين. (عيني)

(٧) قوله: "ولو جحدها [أي الوديعة]" بأن قال له رجل: ما حال وديعة فلان، فقال: ليس لفلان عندي وديعة. (ن)

(٨) قوله: "خلافًا لزفر" وإنما ذكر اختلاف زفر وأبي يوسف فحسب، وإن كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة، قيل: لأن هذا الفصل غير مذكور في "المبسوط"، وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب، فذكر كذلك. (ع)

(٩) وجه قوله: إن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو غيره. (عيني)

(١٠) الجحود.

(١١) عن الوديعة.

(١٢) قوله: "أو طلبه" [أي بالوديعة] يعني إذا طلب المودع الوديعة فكأنه عزله عن الحفظ، ولم يوجد الطلب ههنا، ولا يتفرد هو بالعزل. (ك)

(١٣) أي العقد.

(١٤) أي الجحود.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) ولا فرق بين السفر الطويل والقصير. (ع)

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) قوله: "وإن كان لها حمل [بار] ومؤنة [مشقة]" الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء، ومنه ماله حمل ومؤنة يعني ماله ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال، وهذا إذا كان الطريق آمنا بأن لا يقصده أحد غالبًا، ولو قصده

أبى حنيفة. وقالا: ليس له ذلك[١] إذا كان لها حمل ومؤنة، وقال الشافعى: ليس له ذلك فى الوجهين[٢]. لأبى حنيفة إطلاق[٣] الأمر[٤] والمفازة محل للحفظ[٥] إذا كان الطريق آمنا، ولهذا[٦] يملكه[٧] الأب والوصى فى مال الصبى[٨].

ولهما: أنه يلزمه[٩] مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة، فالظاهر أنه لا يرضى به فيقيد[١٠] به، والشافعى يقيده بالحفظ[١١] المتعارف[١٢] وهو الحفظ فى الأمصار، وصار[١٣] كالاستحفاظ بأجر.

قلنا[١٤]: مؤنة الرد يلزمه[١٥] فى ملكه ضرورة امتثال[١٦] أمره[١٧]، فلا يبالى[١٨] به، والمعتاد كونهم فى المصر[١٩] لا حفظهم، ومن يكون فى المفازة[٢٠] يحفظ

يمكنه دفعه بنفسه، وبرفقة السفر لم ينهه المودع عنها. (ك)

(١) أى السفر بالوديعة.

(٢) أى ماله حمل ومؤنة وما ليس له ذلك.

(٣) عن قيد الزمان والمكان.

(٤) بالحفظ.

(٥) قوله: "والمفازة [مفازه دشت بى آب مفاوز جمع] إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره أن يقال: سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضى الجواز لكن المانع عنه متحقق، وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ. (عينى)

(٦) أى لكون المفازة محلا للحفظ.

(٧) أى السفر.

(٨) مع أن ولايتهما نظرية.

(٩) المالك، باعتبار موت المودع فى الطريق.

(١٠) قوله: "فيقيد" أى سفره بما ليس له حمل ومؤنة، لأن فيما له حمل ومؤنة إضراراً عليه. (عينى)

(١١) أى حفظ الوديعة.

(١٢) لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف.

(١٣) قوله: "وصار" أى صار حكم الوديعة فى الحفظ كما إذا استأجر رجلا ليحفظ متاعه شهراً بدرهم، فإنه لا يسافر، فلو سافر به يضمن. (عينى)

(١٤) جواب عن قولهما.

(١٥) المالك.

(١٦) فإنه أمره مطلقًا غير مقيد بمكان.

(١٧) أى لا لمعنى من قبل المودع بل ضرورة إلخ.

(١٨) لأنه ضرورى وضمنى.

(١٩) قوله: "والمعتاد كونهم إلخ" جواب عن قول الشافعى يعنى أن المعتاد كون المودعين وقت الإيداع فى المصر لا حفظهم، فإن من كان فى المفازة يحفظ ماله فيها، ولا ينقله إلى الأمصار. (ع)

(٢٠) كأهل الخباء.

ماله فيها، بخلاف[١] الاستحفاظ بأجر، لأنه عقد معاوضة[٢]، فيقتضى التسليم فى مكان العقد. وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة، فخرج بها ضمن؛ لأن التقييد مفيد إذ الحفظ فى المصر أبلغ، فكان[٣] صحيحًا.

قال[٤]: وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة، فحضر أحدهما[٥] يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبى حنيفة، وقالا: يدفع إليه نصيبه.

وفى "الجامع الصغير"[٦]: ثلاثة استودعوا رجلا ألفًا فغاب اثنان، فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده[٧]، وقالا: له ذلك، والخلاف فى المكيل والموزون[٨]، وهو المراد بالمذكور فى المختصر[٩].

لهما: أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه[١٠]، كما فى الدين المشترك[١١]، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه[١٢] وهو النصف، ولهذا كان له[١٣] أن يأخذه[١٤]،

---

(١) جواب عن قياس الشافعى فإنه قياس مع الفارق.

(٢) قوله: "لأنه عقد معاوضة" لأنه بالإجارة اشترى منافعه فالحفظ إنما يقع بمنافع الملك، فيلزمه المقام مع المالك، ليمكنه التسليم، كما وجب عليه، لأن الداخل تحت العقد المنافع فى المصر، فإذا خرج صار مخالفًا، لأن هذه المنافع غير داخلة، فضمن، وههنا إنما يحفظ على سبيل المعونة، فلا يحجر به، هذا إذا لم يعين صاحب الوديعة المصر للحفظ فيه بل أطلق الحفظ إطلاقًا، فإن عين المالك عليه الحفظ فى المصر فسافر فإن كان سفرًا له منه بد ضمن، وإن كان سفرًا لا بد له منه، فإن أمكنه الحفظ فى المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحدًا من عياله مع الوديعة فى المصر ضمن، وإن لم يمكنه ذلك لا يضمن. (كفاية)

(٣) التقييد.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) عند غيبة الآخر.

(٦) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" ليدل بوضعه على المراد بموضع الخلاف، والمراد بالمذكور فى مختصر القدورى من قوله: وديعة المكيل والموزون، لأن المذكور فيه الألف، وهو موزون، وذكر عن محمد أن الخلاف فيما يقسم، وما لا يقسم قال فى الفوائد الظهيرية: إن الأول هو الصحيح حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدواب، والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع. (عناية)

(٧) الإمام.

(٨) وفى غيرهما ليس له ذلك بالإجماع.

(٩) القدورى.

(١٠) لأنه مالك لنصيبه.

(١١) قوله: "كما فى الدين المشترك" أى كما يطلب الحاضر فى الدين المشترك بأن باعا عبدًا مشتركًا إذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون، كذا هذا. (عينى)

(١٢) ومن طلب ما سلم له لم يمنع عنه. (ع)

(١٣) قوله: "كان له إلخ" وهذا لأن يد المودع كيد المودع، ولو كان فى يد المودع له أن يأخذه، فكذا إذا كان فى يد نائبه.. (ك)

فكذا يؤمر بالدفع إليه. ولأبى حنيفة أنه طالبه[١] بدفع نصيب الغائب، لأنه يطالبه بالمفرز، وحقه فى المشاع، والمفرز المعين يشتمل على الحقين[٢]، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة[٣]، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع[٤].

بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه[٥] بتسليم حقه، لأن الديون تقضى بأمثالها، وقوله[٦]: له أن يأخذه، قلنا: ليس من ضرورته[٧] أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان، وعليه[٨] ألف لغيـ فلغريمه[٩] أن يأخذه[١٠] إذا ظفر به[١١]، وليس للمودع أن يدفعه إليه[١٢].

قال[١٣]: وإن أودع رجل عند رجلين شيئًا مما يقسم[١٤] لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر، لكنهما يقتسمانه، فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم[١٥] جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر. هذا[١٦] عند أبى حنيفة، وكذلك

---

(١٤) أى يأخذ نصيبه إذا ظفر، وإن كان فى يد المودع بالاتفاق. (عناية)

(١) أى لا نسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه.

(٢) أى حق الحاضر والغائب.

(٣) لأنه ليس بوكيل فى ذلك المقسوم.

(٤) قوله: "لا يقع دفعه إلخ" فإنهما قالا: لو أخذ نصيبه، ثم هلك الباقى فى يد المودع، ثم حضر الغائب له أن يشاركه فى المقبوض، فثبت أن القسمة ليست بنافذة. (ك)

(٥) قوله: "لأنه [أى الشريك الحاضر] يطالبه" أى الشريك يطالب المديون بقضاء حقه، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما، لأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما، والقضاء إنما يقع بالمقاصة، فدفع المديون نصيب الحاضر يصرف فى ملك نفسه، وليس فيه قسمة على الغائب، أما المودع فيدفع مال الوديعة بعينها، ففى دفع مال الحاضر قسمة، وهو غير مالك لها. (عينى)

(٦) أى قول الخصم. (نت) جواب عن قولهما: ولهذا كان له أن يأخذه.

(٧) أى جواز الأخذ.

(٨) أى على المودع.

(٩) قوله: "فلغريمه [رب الدين المودع]" أى لصاحب الدين وهو الغريم أن يأخذه تلك الوديعة من يد المودع إن ظفر بها. (ك)

(١٠) الألف.

(١١) لأن يد المودَع يد المودِع.

(١٢) أى إلى الغريم.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(١٤) قوله: "مما يقسم" كالمكيل والموزون والثياب المعدودة، وكل ما لا يتعيب بالتقسيم الحسى. (ن)

(١٥) أى يتعيب بالقسمة كالعبد والدابة والثوب الواحد. (ع)

(١٦) التفصيل.

الجواب عنده في المرتهنين[١] والوكيلين بالشراء[٢] إذا سلّم أحدهما إلى الآخر.
وقالا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين[٣]، لهما: أنه[٤] رضي بأمانتهما، فكان لكل واحد منهما أن يسلّم إلى الآخر، ولا يضمنه كما في ما لا يقسم[٥]. وله: أنه[٦] رضي بحفظهما، ولم يرضَ بحفظ أحدهما كله[٧]، لأن الفعل[٨] متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض دون الكل، فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك، فيضمن الدافع، ولا يضمن القابض، لأن مودع المودع عنده[٩] لا يضمن، وهذا[١٠] بخلاف ما لا يقسم، لأنه لما أودعهما، ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار[١١]، وأمكنهما المهايأة[١٢] كان المالك راضيًا بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال.

وإذا قال صاحب الوديعة للمودع: لا تسلمها لى زوجتك، فسلمها إليها[١٣] لا يضمن[١٤]، وفي "الجامع الصغير": إذا نهاه[١٥] أن يدفعها إلى أحد من عياله[١٦] فدفعها

(١) قوله: "في المرتهنين" بأن رهن رجل عند رجلين ما يمكن قسمته، فدفع أحدهما إلى الآخر، ضمن عند أبي حنيفة، خلافًا لهما وإذا رهن شيئًا مما لا يقسم عند رجلين، فلكل واحد من المرتهنين أن يحفظ الرهن بإذن الآخر. (مل)

(٢) قوله: "والوكيلين بالشراء" بأن وكل رجل رجلين بشراء شيء، فدفع إليهما ما لا مما يقسم فدفعه إلى الآخر، فضاع ضمن النصف. (عيني)

(٣) أي فيما يقسم وما لا يقسم.

(٤) المودِع.

(٥) قوله: "كما في ما لا يقسم" هما قاسا ما يقسم على ما لا يتسم، والجامع وجود الرضا دلالة في الدفع لاعتماده على أمانتهما. (عيني)

(٦) أي المودِع.

(٧) أي كل الوديعة.

(٨) أي فعل الاستحفاظ.

(٩) أي الإمام.

(١٠) إشارة إلى بيان الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم.

(١١) أي ساعاتهما. (كنز)

(١٢) قوله: "المهايأة [أي مناوبة]" هي لغة مفاعلة من التهيؤ، وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به، وحقيقته أن كلا منهم رضي بهيئة واحدة، ويختارها.
وقيل: مفاعلة من التهيؤ، فكأنه يتهيأ لانتفاع به عند فراغ صاحبه، والفرق بين القسمة والتهايؤ أن الأول تجمع المنافع في زمان واحد، والثاني يجمع على التعاقب، وشرعًا قسمة المنافع. (مجمع الأنهر)

(١٣) معناه إذا لم يكن له من التسليم إليها بد علم ذلك من رواية "الجامع الصغير".

(١٤) قوله: "لا يضمن" لأن هذا الشرط لا يفيد، فصار لغوًا، لأنه لم يكن له بد من التسليم إليها. (عيني)

(١٥) أي المودِع والمودَع.

إلى من لا بد منه[١] لا يضمن[٢]، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه، وكما إذا كانت[٣] شيئًا يحفظ على يد النساء، فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول[٤]، لأنه لا يمكن إقامة العمل[٥] مع مراعاة هذا الشرط[٦] وإن[٧] كان مفيدًا فيلغو، وإن كان له[٨] منه بد ضمن لأن الشرط مفيد، فإن من العيال من لا يؤتمن على المال، وقد أمكن العمل به[٩] مع مراعاة هذا الشرط[١٠]، فاعتبر[١١].

وإن قال: احفظها في هذا البيت، فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن[١٢]، لأن الشرط غير مفيد، فإن البيتين في دار واحد، لا يتفاوتان في الحرز[١٣]. وإن حفظها في دار أخرى ضمن؛ لأن الدارين تتفاوتان في الحرز، فكان[١٤] مفيدًا، فيصح التقييد، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرًا بأن كانت الدار

---

(١٦) قوله: "من عياله" عيل ككيس زن وفرزند مرد وهر كه در نفقة ومؤنت او باشد عيال ككتاب جمع. (من)

(١) بأن لم يكن له عيال سواه. (ك)

(٢) بالدفع إليه. (ك)

(٣) الوديعة.

(٤) قوله: "وهو محمل إلخ" أي فرواية "الجامع الصغير" بقوله: فدفعها إلى من لا بد له منه لم يضمن محمل رواية القدوري التي ذكرها مطلقًا، فإنه لا يضمن حتى إذا كان له منه بد بأن كانت الوديعة شيئًا خفيفًا يمكن للمودع استحفاظه، واستصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه، فدفعه إلى عياله ضمن.

والمودع إذا وضع الوديعة في حانوته فقال له صاحبها: لا تضع في الحانوت، فإنه مخوف، فتركها فيه حتى سرق ليلا إن لم يكن له موضع آخر أحرز من الحانوت لا يضمن، وإن كان له موضع آخر أحرز من الحانوت، فهو ضامن إذا كان قادرًا على الحمل. (ك)

(٥) أي الحفظ.

(٦) أي لا يدفع إلى امرأته.

(٧) الواو وصلية.

(٨) أي ممن هو في عياله.

(٩) أي بتعيين المودع عدم الدفع إلى من في عياله. (عيني)

(١٠) لأنه شرط مفيد، وأمكن العمل به.

(١١) قوله: "فاعتبر" والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيدًا، والعمل به ممكنا وجب مراعاته، والمخالفة فيه توجب الضمان، وإن لم يكن مفيدًا أو كان، ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو، وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأة، وله امرأة أخرى فخالف فهلك ضمن. (ع)

(١٢) قوله: "لم يضمن" وهذا استحسان، وفي القياس يضمن، لأن البيتين قد يتفاوتان في الحرز بأن يكون ظهر أحدهما إلى السكة، فيتمكن السارق من الأخذ منه ما لا يتمكن من البيت الآخر، فيفيد الشرط، وقد خالفه، فيضمن. (ك)

(١٣) قوله: "لا يتفاوتان في الحرز" كما إذا قال له: احفظها في هذا الجانب من البيت، فحفظها في الجانب الآخر، أو قال: احفظها في هذ الصندوق، فحفظها في صندوق آخر. (ك)

(١٤) الشرط.

التى فيها البيتان عظمة، والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه عورة[١] ظاهرة[٢] صح الشرط. قال[٣]: ومن أودع رجلا وديعة، فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول، وليس له أن يضمن الآخر[٤]، وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: له أن يضمن أيهما[٥] شاء، فإن ضمّن الأول لا يرجع[٦] على الآخر، وإن ضمن الآخر رجع على الأول[٧]. لهما: أنه[٨] قبض المال من يد ضمين، فيضمنه كمودع الغاصب، وهذا[٩] لأن المالك لم يرض بأمانة غيره، فيكون الأول متعديًا بالتسليم والثانى بالقبض، فيخير[١٠] بينهما[١١]، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على[١٢] الثانى، لأنه[١٣] ملكه[١٤] بالضمان فظهر أنه[١٥] أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثانى رجع[١٦] على الأول، لأنه عامل له[١٧]، فيرجع عليه[١٨] بما لحقه من العهدة[١٩].

وله أنه قبض المال من يد أمين، لأنه[٢٠] بالدفع لا يضمن[٢١] ما لم

---

(١) قوله: "عورة [خلل وعيب ورخنه]" قال فى ديوان: الأدب العورة سوءة الإنسان، وكل موضع يتخوف منه، فهو عورة، وكذلك كل أمر يستحيى منه، فهو عورة، وعورات الجبال شقوقها، وقال فى "الكشاف": العورة: الخلل، قال الله تعالى: ﴿يقولون إن بيوتنا عورة وما هى بعورة إن يريدون إلا فراراً﴾. (مير جان)

(٢) لكونه مفيداً.

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) أى مودع المودع.

(٥) أى المودَع، ومودَع المودَع.

(٦) الأول.

(٧) قوله: "رجع [الآخر] على الأول" لأن الآخر مغرور من جهة الأول، فإنه أودعه على أنه ملكه، وأنه لا يلحقه ضمان بالهلاك فى يده، فإذا لحقه الضمان رجع عليه. (عينى)

(٨) الآخر.

(٩) أى القبض من يد ضمين.

(١٠) المالك.

(١١) أى بين تضمين الأول، وتضمين الثانى.

(١٢) الأول.

(١٣) الأول.

(١٤) المال.

(١٥) الأول.

(١٦) الثانى.

(١٧) الأول.

(١٨) أى على الأول.

(١٩) وهو الضمان.

يفارقه[١] لحضور رأيه[٢]، فلا تعدى منهما[٣]، فإذا فارقه[٤] فقد ترك[٥] الحفظ الملتزم، فيضمنه[٦] بذلك[٧]، وأما الثاني، فمستمر على الحالة الأولى[٨]، ولم يوجد[٩] منه صنع، فلا يضمنه[١٠] كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره[١١].

قال[١٢]: ومن كان في يده ألف، فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها[١٣] له أودعها إياه، وأبى[١٤] أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه[١٥] ألف أخرى بينهما[١٦]، وشرح ذلك[١٧] أن دعوى كل واحد صحيحة[١٨] لاحتمالها الصدق، فيستحق الحلف على المنكر بالحديث[١٩]، يحلف لكل واحد على الإنفراد[٢٠] لتغاير الحقين[٢١]، وبأيهما بدأ القاضي جاز[٢٢] لتعذر الجمع بينهما، وعدم الأولوية[٢٣]، ولو تشاحا[٢٤]

---

(٢٠) الأول.

(٢١) لوجود ما هو المقصود من حفظه. (ع)

(١) الأول.

(٢) أى رأى الأول.

(٣) قوله: "منهما" أى من المودع الأول والمودع الثانى ما داما مجتمعين.

(٤) أى الأول.

(٥) أى الأول.

(٦) أى الأول.

(٧) أى بسبب ترك الحفظ.

(٨) وهو القبض من أمين. (ع)

(٩) بعد ذلك.

(١٠) قوله: "فلا يضمنه" بخلاف مودع الغاصب لأن الأول بمجرد الدفع متعد والثانى بالأخذ. (عينى)

(١١) فإنه لا يضمن بدون التعدى.

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (مير جان)

(١٣) الألف.

(١٤) صاحب اليد.

(١٥) أى على صاحب اليد.

(١٦) أى بين المدعيين.

(١٧) الحكم.

(١٨) قوله: "صحيحة" أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعًا من اثنين بكماله. (ك)

(١٩) أى الحديث: «البينة على المدعى واليمين على المنكر».

(٢٠) لأن كل واحد يدعى ألفًا. (ع)

(٢١) قوله: "لتغاير الحقين" لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده. (كافى)

أقرع بينهما تطييبًا لقلبهما، ونفيًا لتهمة الميل[(١)].

ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثانى فإن حلف فلا شىء لهما لعدم الحجة[(٢)]، وإن نكل أعنى الثانى[(٣)] يقضى له لوجود الحجة[(٤)]، وإن نكل للأول يحلف للثانى، ولا يقضى بالنكول[(٥)] بخلاف ما إذا أقر[(٦)] لأحدهما[(٧)]، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه، فيقضى به[(٨)]، أما النكول إنما يصير[(٩)] حجة عند القضاء[(١٠)]، فجاز أن يؤخر ليحلف للثانى، فينكشف وجه القضاء[(١١)].

ولو نكل للثانى أيضًا يقضى[(١٢)] بينهما نصفين على ما ذكر فى الكتاب[(١٣)]، لاستواءهما فى الحجة، كما إذا أقاما البينة، ويغرم[(١٤)] ألفًا أخرى بينهما، لأنه[(١٥)] أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله[(١٦)]، أو بإقراره[(١٧)]، وذلك[(١٨)] حجة فى حقه،

---

(٢٢) قوله: "جاز" لأنه لا ضرر للآخر فى التأخير على تقرير النكول للأول، لأنه لا يعطى به حتى نكل للثانى. (مل)

(٢٣) بعدم المرجح.

(٢٤) قوله: "ولو تشاحا [أى تنازعا فى البداية بالحلف]" تشاح همديگر حريصى كردن بركارى تافوت نشود، يقال: تشاح الرجلان على الأمر، أى لا يريدان أن يفوتهما. (من)

(١) أى ميل القاضى إلى أحدهما.

(٢) من جهة المدعيين.

(٣) أى بعد ما حلف للأول. (ك)

(٤) أى النكول.

(٥) قوله: "ولا يقضى [أى للأول. ع] بالنكول" لأن من حجة الآخر أن يقول: لو برأت لى بالاستحلاف لكان ينكل أيضًا. (ك)

(٦) أى صاحب اليد.

(٧) فحينئذ يحكم للمقر له.

(٨) بدون توقف على الاستحلاف للثانى.

(٩) قوله: "إنما يصير حجة إلخ" ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شىء.(ك)

(١٠) بإنزاله مقرًا أو باذلا.

(١١) قوله: "فينكشف وجه القضاء" بأنه يقضى بالألف لها، أو لأحدهما لأنه لو حلف للثانى فلا شىء له، والألف كله الأول، ولو نكل للثانى أيضًا كان الألف بينهما، فلهذا يتوقف فى القضاء حتى يظهر وجه القضاء. (ك)

(١٢) بالألف.

(١٣) الجامع الصغير.

(١٤) صاحب اليد.

(١٥) أى لأن المودع المنكر.

(١٦) أى عند أبى حنيفة لأن النكول بذل عنده.

(١٧) هذا عندهما لأن النكول إقرار عندهما.

وبالصرف إليهما[١] صار قاضيًا نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه.

ولو قضى القاضى للأول حين نكل ذكر الإمام البزدوى فى "شرح الجامع الصغير" أنه يحلف للثانى، فإذا نكل[٢] يقضى بينهما[٣]، لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثانى، لأنه[٤] يقدمه[٥] إما بنفسه[٦]، أو بالقرعة، وكل ذلك[٧] لا يبطل حق الثانى. وذكر الخصاف أنه نفذ قضاءه للأول[٨]، ووضع المسألة فى العبد[٩]، وإنما نفذ[١٠] لمصادفته محل الاجتهاد، لأن من العلماء من قال: يقضى للأول[١١]، ولا ينتظر[١٢] لكونه[١٣] إقرارًا دلالةً.

ثم لا يحلف[١٤] للثانى ما هذا العبد لى، لأن نكوله لا يفيد بعد ما صار[١٥] للأول، وهل يحلفه بالله ما لهذا[١٦] عليك هذا العبد، ولا قيمته[١٧]، وهو[١٨] كذا وكذا، ولا أقل منه.

---

(١٨) قوله: "وذلك" أى الإقرار أو البذل حجة فى حقه، أى فى حق المودع المنكر. (مل)

(١) قوله: "وبالصرف إليهما" أى بصرف المودع الألف إلى المدعيين صار قاضيًا نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر، فيغرم الألف الذى صرف إليهما، فيصير ألفان. (عينى)

(٢) قوله: "فإذا نكل [أى الثانى] إلخ" ولم يذكر أنه إذا حلف للثانى ما ذا حكمه، قال أخوه فى "شرح الجامع الصغير": فإن حلف يقضى بنكوله الأول. (ع)

(٣) بالألف، ويغرم ألفًا آخر بينهما.

(٤) القاضى.

(٥) أى الأول على الثانى.

(٦) أى باختياره.

(٧) أى تقديمه الأول باختياره، أو بالقرعة.

(٨) يعنى يكون كل الألف له، ولا يكون بينهما. (عينى)

(٩) قوله: "ووضع المسألة إلخ" بأن كان فى يده عبد، فادعاه رجلان كل واحد أنه له، وأودعه إياه. (عينى)

(١٠) أى قضاء القاضى للأول.

(١١) بالنكول.

(١٢) القاضى للثانى.

(١٣) أى لكون النكول.

(١٤) قوله: "ثم لا يحلف إلخ" أى لا يحلف ذلك المنكر للمدعى الثانى بأن يقول المدعى مخاطبًا إليه: احلف بالله ما هذا العبد لى، أى لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد، ولكن يضم إليه قوله: ولا قيمته. (مل)

(١٥) العبد.

(١٦) أى للثانى.

(١٧) العبد.

(١٨) وفى نسخة: وهى.

قال(1): ينبغي أن يحلفه عند محمد خلافًا لأبي يوسف بناءً على أن المودع(2) إذا أقر بالوديعة(3)، ودفع بالقضاء إلى غيره(4) يضمنه(5) عند محمد خلافًا له(6)، وهذه(7) فريعة تلك المسألة(8)، وقد وقع(9) فيه(10) بعض الإطناب، والله أعلم.

كتاب العارية(11)

قال(12): العارية جائزة؛ لأنه نوع إحسان، وقد استعار النبي عليه السلام(13)

---

(١) أي الخصاف.

(٢) قوله: "بناء على أن إلخ" فإن قلت: ما وجه بناء المسألة المتقدمة على المسألة الثانية، قلت: لأن النكول إقرار فبالإقرار بالوديعة ضمن عند محمد، وكذا بالنكول فيأتي التحليف، وعند أبي يوسف لا يضمن ثمه بالإقرار، وكذا ههنا بالنكول، فلا فائدة في التحليف. (عيني)

(٣) قوله: "إذا أقر [لرجل] بالوديعة إلخ" إذا أقر بالوديعة لزيد، ثم قال: لا، بل أودعنيه فلان آخر قضى للأول، لأن الثاني رجوع، فإن دفعه إلى الأول بغير قضاء ضمن، وإن دفعه بقضاء فكذلك عند محمد، لأنه مقر بلزوم الحفظ للثاني، ثم عرضه للتلف بإقراره، وعند أبي يوسف لا يضمن، لأن القبض كان بإذن، والدفع بإكراه القاضي.
ووجه البناء على هذه المسألة أن الإقرار بالوديعة للثاني بعد ما استحقه الأول بإقراره الأول، لما كان مفيدًا لوجوب الضمان للمقر له الثاني عند محمد ينبغي أن يحلفه للثاني، وإن استحقه الأول في مسألة الكتاب عند محمد لأن فائدة الحلف النكول، وهو الإقرار، والإقرار للثاني مفيد للضمان له، وعند أبي يوسف لا يحلف، لأنه لا يضمن بالإقرار عنده، فكذا بالنكول، فلا فائدة للتحليف. (ك)

(٤) أي غير المقر له.

(٥) قوله: "يضمنه" أي يضمن ما أقر بالوديعة لأنه أقر بالتزام الحفظ، فمتى أقر به لإنسان فقد سلطه على الأخذ، فصار تاركًا للحفظ الواجب عليه بالعقد. (عيني)

(٦) قوله: "خلافًا له" أي لأبي يوسف لأن بمجرد الإقرار لم يفت على الثاني شيء، وإنما الفوات بالدفع بإكراه القاضي، فلا يكون موجبًا للضمان. (عيني)

(٧) أي المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع للثاني بعد قضاءه للأول.

(٨) قوله: "تلك المسألة [أي ولها تفريعات ذكرت في المطولات. ع]" يعني المسألة التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد في الضمان، وعدمه. (عيني)

(٩) قوله: "وقد وقع" أي قد وقع في تلك المسألة بعض المبالغة في البيان ببيان التفريعات في الأصل، في باب إقرار الرجل بالمال، ودفعه إلى آخر لكن لم يذكر محمد في "الأصل" خلافًا لأبي يوسف، بل ذكر الضمان مطلقًا، كذا في "غاية البيان".

(١٠) وفي نسخة: فيها.

(١١) قوله: "كتاب العارية [تقدم مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة. نت]" قال الجوهري في "الصحاح": العارية -بالتشديد- منسوبة إلى العار، لأن طلبها عيب وعار، وقال المطرزي في "المغرب": العارية أصلها عورية فعلية منسوبة إلى العار اسم من الإعارة، وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ، انتهى.
وقيل: هي مشتقة من التعاور وهو التناوب، فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء، ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضا، لأنه بال ينتفع بها إلا باستهلاك العين، فلا يعود النوبة إليه في تلك العين، لتكون عارية حقيقة، وإنما تعود النوبة إليها في مثلها. (نت)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

دروعًا[١] من صفوان[٢]*، وهى تمليك المنافع بغير عوض، وكان الكرخى يقول[٣]: هى إباحة الانتفاع بملك الغير، لأنها تنعقد بلفظة الإباحة[٤]، ولا يشترط فيه ضرب المدة[٥]، ومع الجهالة لا يصح التمليك، وكذلك يعمل فيه النهى[٦]، ولا يملك الإجارة من غيره[٧]. ونحن نقول: إنه[٨] ينبئ عن التمليك، فإن العارية من العريّة[٩]، وهى العطية، ولهذا ينعقد بلفظة التمليك[١٠]، والمنافع[١١] قابلة للملك كالأعيان، والتمليك نوعان: بعوض، وبغير عوض، ثم الأعيان تقبل النوعين[١٢]، فكذا المنافع، والجامع بينهما دفع الحاجة[١٣]. ولفظة الإباحة[١٤] استعيرت للتمليك، كما فى الإجارة، فإنها تنعقد بلفظة الإباحة، وهى[١٥] تمليك، والجهالة[١٦] لا تفضى

---

(١٣) فى غزوة حنين. (ت) أخرجه أبو داود. (ت)

(١) مائة أدرع.

(٢) ابن أمية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٦، والدراية ج٢، الحديث، ٨٥ ص١٨١. (نعيم)

(٣) واستدل بأربع دلائل.

(٤) قوله: "لأنها تنعقد إلخ" يعنى أنه إن قال المعير: أبحت هذا الثوب مثلا يكون عارية، والتمليك لا ينعقد بلفظ الإباحة. (مل)

(٥) قوله: "ولا يشترط فيه ضرب المدة" أى إعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة إلا بذكر المدة، ومع الجهالة لا يصح التمليك كما فى الإجارة. (ك)

(٦) قوله: "وكذلك يعمل فيه النهى [أى نهى المعير]" أى يبطل الإعارة بالنهى، ولو كانت تمليكًا لما بطلت بالنهى كالهبة والإجارة. (ك)

(٧) قوله: "ولا يملك [المستعير] الإجارة [أى إجارة ما استعاره] من غيره" ومن ملك شيئًا بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض، وبغير عوض كالموهوب له. (ك)

(٨) أى إن لفظ العارية.

(٩) قوله: "من العرية" [هذا يخالف ما ذكر فى المغرب. (ك)] فيه مناقشة، لأن العارية أجوف واوى، ولهذا ذكره أهل اللغة فى باب عور والعرية ناقص، وحرف العلة فى لامه فلذلك ذكره أهل اللغة فى باب عرو. (عينى)

(١٠) فإن من قال لغيره: ملكتك منافع هذا العين شهراً كانت إعارة. (ك)

(١١) قوله: "والمنافع إلخ" جواب لما يقال: من أن المنافع إعراض لا تبقى، فلا تقبل التمليك.

(١٢) قوله: "ثم الأعيان تقبل النوعين" أى تمليك العين بعوض كالبيع، وتمليكها بغير عوض كالهبة والصدقة، فكذلك المنافع تقبل النوعين بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية، والجامع بينهما، أى بين الأعيان والمنافع دفع الحاجة، أى دفع حاجة الناس، فكما أنهم محتاجون إلى نوعى التمليك فى الأعيان فكذلك محتاجون إلى ذلك فى المنافع. (عينى)

(١٣) قوله: "دفع الحاجة" فإن قلت: الحاجة تندفع بالإباحة، قلت: لعل حاجته إلى انتفاع الغير أيضًا. (ك)

(١٤) جواب عن قول الكرخى: إنها تنعقد بلفظ الإباحة.

(١٥) أى الإجارة، الواو حالية.

(١٦) قوله: "والجهالة إلخ" جواب عن قوله: ومع الجهالة لا يصح التمليك، ووجهه أن الجهالة المانعة هى الجهالة

إلى المنازعة لعدم اللزوم[١]، فلا تكون[٢] ضائرة[٣]، ولأن الملك إنما يثبت[٤] بالقبض، وهو[٥] الانتفاع، وعند ذلك[٦] لا جهالة، والنهي[٧] منع عن التحصيل[٨]، فلا يتحصل المنافع على ملكه، ولا يملك[٩] الإجارة لدفع زيادة الضرر[١٠] على ما نذكره إن شاء الله تعالى[١١].

قال[١٢]: وتصح بقوله: أعرتك؛ لأنه صريح[١٣] فيه[١٤]، وأطعمتك هذه الأرض[١٥]؛ لأنه مستعمل فيه[١٦]، ومنحتك هذا الثوب[١٧]، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به[١٨] الهبة؛ لأنهما لتمليك العين[١٩]، وعند عدم إرادته الهبة[٢٠]

المفضية إلى النزاع، هذه ليست كذلك. (عيني)

(١) لأن المعير له أن يفسخ العقد في كل ساعة.

(٢) الجهالة.

(٣) ضاره الأمر ضيراً: گزند رسانيد او را كار وزيان كرد. (من)

(٤) في العارية.

(٥) أي القبض.

(٦) أي الانتفاع بالعارية.

(٧) قوله: "والنهي إلخ" جواب عن قوله: وكذلك يعمل النهي فيه، ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك بل من حيث إنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعدوله ذلك، لكونها عقداً غير لازم، فكان له الرجوع أيّ وقت شاء. (ع)

(٨) قوله: "منع عن التحصيل" أي رجوع عن تمليك المنافع والرجوع عنه قبل اتصال الملك به يصح. (ك)

(٩) أي المستعير جواب عن قوله: ولا يملك الإجارة من غيره.

(١٠) قوله: "لدفع زيادة الضرر [بالمعير]" أي لا يملك المستعير أن يؤاجر المستعار، لأن الإجارة ما وضعت في الشرع إلا لازمة، وفي ذلك سد باب الاسترداد، فيتضرر به المعير. (ك)

(١١) عند قوله: وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) أي حقيقة. (ع)

(١٤) أي في عقد العارية.

(١٥) قوله: "وأطعمتك إلخ" الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تمليك عينه، وإن أضيف إلى ما لا يطعم عينه كالأرض يراد به أكل غلتها إطلاقاً لاسم المحل على الحال. (عيني)

(١٦) أي في عقد العارية مجازاً.

(١٧) قوله: "ومنحتك [أي أعطيتك] إلخ" المنحة تمليك غلة الشيء مع بقاء رقبته على ملكه يقال: منحتك هذه الجارية، وهذا الشجر يراد به تمليك الغلة التي تتولد منه. (منافع)

(١٨) أي بكل واحد من الأخريين.

(١٩) حقيقة.

(٢٠) قوله: "وعند عدم إلخ" فيه أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة، والحقيقة تراد باللفظ بلا نية، فعند عدم إرادة

يحمل على تمليك المنافع تجوزاً[١].

قال: وأخدمتك هذا العبد؛ لأنه إذن له في استخدامه[٢]، وداري لك سكنى؛ لأن معناه سكناها لك[٣]، وداري لك عمري[٤] سكنى؛ لأنه جعل سكناها له مدة عمره، وجعل قوله: سكنى تفسيراً لقوله: لك[٥]؛ لأنه[٦] يحتمل تمليك المنافع[٧]، فحمل[٨] عليه بدلالة آخره[٩].

قال[١٠]: وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء[١١]؛ لقوله عليه السلام[١٢]: «المنحة مردودة[١٣] والعارية مؤداة[١٤]»*، ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض[١٥]، فصح الرجوع عنه[١٦].

الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة، بل على الهبة، والجواب أن تقدير العبارة وعند عدم إرادة الهبة وإرادة العارية يحمل إلخ، تأمل. (مل)

(١) قوله: "تجوزاً [أي من حيث العرف. ع]" فيه أنه جعل ههنا هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين، ومجازاً لتمليك المنفعة، ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان ألفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة، وعلل بأن الحمل هو الإركاب حقيقة، فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة. (ك)

(٢) فكان عارية.

(٣) فكان عارية.

(٤) قوله: "عمرى" العمرى أن يقول لصاحبه: أعمرتك داري، أي جعلتها لك مدة عمرك، فإذا قيل هذا واتصل به القبض كان تمليكاً لرقبتها.

(٥) قوله: "تفسيراً إلخ" لأنه منصوب على التمييز من قوله: لك، لأن قوله: لك يحتمل تمليك العين، وتمليك المنفعة، فإذا ميزه تعينت المنفعة، فحمل الكلام عليه، أي على تمليك المنافع بدلالة آخره. (ع)

(٦) أي قوله: لك.

(٧) كما يحتمل تمليك العين.

(٨) وفي ننسخة: فيحمل.

(٩) أي آخر الكلام وهو السكنى.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة.

(١٢) أخرجه أبو داود عن أبي أمامة. (ت)

(١٣) قوله: "المنحة مردودة" المنحة نوع من العارية هي أن يعطي الرجل شاة، أو بقرة، أو ناقة ليشرب لبنها، ثم ترد الشاة أو غيرها إلى المالك. (ك)

(١٤) قوله: "والعارية مؤداة [أداه تادية رسانيد آن را. من]" فيه تعميم بعد تخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة، وفيه زيادة مبالغة في أن العارية تستحق الرد. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٨، والدراية ج٢، الحديث ٨٥١ ص١٨٢. (نعيم)

(١٥) قوله: "لم يتصل به القبض" لأن المنافع التي لم تحدث لا يتصور فيها القبض. (عيني)

(١٦) أي عما لم يوجد لأن التمليك لا يكون إلا في الموجود.

قال[١]: والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد[٢] لم يضمن، وقال الشافعي: يضمن؛ لأنه قبض مال غيره لنفسه[٣]، لا عن استحقاق[٤] فيضمنه، والإذن[٥] ثبت ضرورة الانتفاع، فلا يظهر فيما وراءه[٦]، ولهذا[٧] كان واجب الرد[٨]، وصار كالمقبوض[٩] على سوم الشراء[١٠].

ولنا: أن اللفظ[١١] لا ينبئ عن التزام الضمان؛ لأنه لتمليك المنافع بغير عوض، أو لإباحتها[١٢]، والقبض لم يقع تعديًا[١٣] لكونه مأذونًا فيه، والإذن[١٤] وإن[١٥] ثبت لأجل الانتفاع فهو[١٦] ما قبضه إلا للانتفاع، فلم يقع[١٧] تعديًا[١٨]، وإنما وجب الرد[١٩] مؤنة[٢٠] كنفقة المستعار، فإنها على المستعير لا لنقض القبض، والمقبوض[٢١]

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "من غير تعد" فإن كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمله مثلها، أو استعمله استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب وجب الضمان بالإجماع. (ع)

(٣) قوله: "لنفسه" احتراز عن الوديعة، لأن قبض المودع لأجل المودع لا لمنفعة نفسه. (ع)

(٤) قوله: "لا عن استحقاق" أي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه، احتراز عن الإجارة، فإن المستأجر يقبض المستأجر لحق ليس للمالك النقض قبل مضى المدة بدون رضاه. (ع)

(٥) قوله: "والإذن إلخ" جواب سؤال، وهو أن القبض بالإذن لا يوجب الضمان. (ع)

(٦) ضرورة.

(٧) أي لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق. (نت)

(٨) العارية.

(٩) قوله: "وصار إلخ" فإن المقبول على سوم الشراء وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا. (عيني)

(١٠) سمت بالسلعة بها كردم متاع را. (من)

(١١) أي اللفظ الذي ينعقد به العارية. (ع)

(١٢) أي المنافع على اختلاف القولين على ما مر.

(١٣) وإنما يوجب القبض الضمان إذا وقع تعديًا.

(١٤) جواب عن قوله: والإذن ثبت إلخ.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) مستعير.

(١٧) قبض.

(١٨) ولا ضمان بدون التعدى.

(١٩) قوله: "وإنما وجب الرد إلخ" جواب عن قول الشافعي: إن قبضه يوجب ضمان الرد حال قيام العين لنقض القبض، فيوجب ضمان القيمة حال هلاكه كالغصب، فأجاب بأن ضمان الرد عليه إنما وجب، لأن منفعة القبض حصلت للمستعير كنفقة المستعار، فإنها على المستعير لا لنقض القبض حتى يوجب الضمان.

ويدل على أن القبض تعد بخلاف النصب فإن الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا إذن. (مل)

على سوم الشراء مضمون بالعقد[١]؛ لأن الأخذ في العقد[٢] له حكم العقد على ما عرف في موضعه[٣]. قال[٤]: وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره فإن آجره فعطب[٥] ضمن؛ لأن الإعارة دون الإجارة[٦]، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه، ولأنا لو صححناه[٧] لا يصح إلا لازمًا[٨]، لأنه حينئذٍ يكون بتسليط من المعير[٩]، وفي وقوعه لازمًا زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة، فأبطلناه[١٠]. فإن آجره[١١] ضمنه حين سلمه[١٢]؛ لأنه إذا لم يتناوله[١٣] العارية كان غصبًا، وإن شاء المعير ضمّن المستأجر، لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه. ثم إن ضمّن[١٤] المستعير لا يرجع على المستأجر[١٥]؛ لأنه ظهر أنه[١٦] آجر ملك نفسه[١٧]، وإن ضمّن[١٨] المستأجر يرجع[١٩] على المؤاجر[٢٠] إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده[٢١]

قوله: وإنما وجب الرد إلخ أي إنما وجب ضمان الرد مؤنة للقبض الحاصل لنفسه وهو كالنفقة تجب على المستعير، لأن منفعة القبض حاصلة له لا لنقض القبض. (كافي)

(٢٠) أي لمؤنة القبض.

(٢١) جواب عن قوله: وصار كالمقبوض إلخ.

(١) قوله: "مضمون إلخ" أي لا يلزم الضمان بالقبض نفسه، ولكن بالقبض بجهة الشراء إذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد، فكذا بجهته. (ك)

(٢) أي الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه [أي من أخذ فيه بمعنى شرع فيه. (نت)

(٣) قوله: "في موضعه" قيل: يريد به نسخ طريقة الخلاف، وقيل: كتاب الإجارات من "المبسوط". (عناية)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) أي هلك.

(٦) لأن الإجارة عقد لازم دون الإعارة. (عيني)

(٧) أي عقد إجار المستعير.

(٨) فإن الإجارة لا تكون إلا لازمًا.

(٩) لأن اللزوم لا يكون إلا منه.

(١٠) أي عقد الإجارة.

(١١) المستعير.

(١٢) لمستعير.

(١٣) الإجارة.

(١٤) المعير.

(١٥) بعد الهلك عند المستأجر.

(١٦) المستعير.

(١٧) لأنه ملكه بالضمان.

(١٨) المعير.

دفعًا لضرر الغرور[١]، بخلاف ما إذا علم[٢].

قال[٣]: وله[٤] أن يعيره، إذا كان لا يختلف[٥] باختلاف المستعمل، وقال الشافعي: ليس له أن يعيره، لإنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل[٦]، والمباح له لا يملك الإباحة، وهذا[٧] لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة[٨]، واندفعت[٩] بالإباحة[١٠] ههنا[١١].

ونحن نقول: هو تمليك المنافع على ما ذكرنا[١٢]، فيملك[١٣] الإعارة كالموصى له بالخدمة[١٤]، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة[١٥]، فتجعل كذلك في الإعارة[١٦] دفعًا للحاجة[١٧]، وإنما لا يجوز[١٨] فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعًا

---

(١٩) المستأجر.

(٢٠) المستعير.

(٢١) مستعير.

(١) عن المستأجر.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا علم" أي المستأجر بكونها عارية في يد الموجر حيث لم يرجع عليه، لأنه لم يوجد منه الغرور. (عيني)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وله" أي المستعير، معناه أن للمستعير أن يعير المستعار إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل، وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون إن اختصاص ولاية الإعارة للمستعير بما إذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل إنما هو إذا صدرت الإعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه، وأما إذا صدرت الإعارة مطلقة فللمستعير ولاية الإعارة مطلقًا سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل، أو مما لا يختلف به، وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية. (نت)

(٥) قوله: "إذا كان لا يختلف إلخ" كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة. (ع)

(٦) أي في عنفوان كتاب العارية.

(٧) أي كون الإعارة إباحة. (ع)

(٨) أي ضرورة دفع حاجة الناس. (نت)

(٩) الضرورة.

(١٠) فإذا اندفعت بالإباحة لا يصار إلى التمليك.

(١١) أي في الإعارة.

(١٢) في عنفوان كتاب العارية.

(١٣) المستعير.

(١٤) قوله: "كالموصى له بالخدمة [أي بخدمة العبد]" أي جاز له أن يعير لتملكه المنفعة. (ع)

(١٥) قوله: "والمنافع إلخ" جواب عن قول الشافعي: والمنافع غير قابلة للملك، وتقريره إنا لا نسلم أنها غير قابلة للملك، فإنها تملك بالعقد كما في الإجارة. (عيني)

(١٦) أي قابلة للملك.

لمزيد الضرر عن المعير؛ لأنه[١] رضى باستعماله[٢] لا باستعمال غيره.

قال[٣] رضى الله عنه: وهذا[٤] إذا صدرت الإعارة مطلقة[٥] وهى[٦] على أربعة أوجه[٧]: أحدهما: أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع، فللمستعير فيه[٨] أن ينتفع به أى نوع شاء فى أىّ وقت شاء عملا بالإطلاق.

والثانى: أن تكون مقيدة[٩] فيهما[١٠] فليس له أن يجاوز فيه ما سماه[١١] عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافًا إلى مثل ذلك[١٢]، أو خيرٍ منه[١٣]، والحنطة مثل الحنطة[١٤].

والثالث: أن تكون مقيدة فى حق الوقت، مطلقة فى حق الانتفاع.

والرابع: عكسه[١٥]، وليس له[١٦] أن يتعدى ما سماه[١٧]، فلو استعار دابة،

---

(١٧) قوله: "دفعًا للحاجة" يعنى أن الناس كما يحتاجون إلى الانتفاع بالشىء لأنفسهم كذلك يحتاجون إلى نفع غيرهم بذلك الشىء، وعند كون الإعارة إباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية، فلا تندفع حاجتهم الأخرى، فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت إلى اعتبار المنافع قابلة للملك فى العارية كما فى الإجارة. (نت)

(١٨) قوله: "وإنما لا يجوز إلخ" جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال: لو كانت العارية تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم فى الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل، وبين ما لا يختلف. (عينى)

(١) المعير.

(٢) المستعير.

(٣) أى المصنف.

(٤) قوله: "وهذا [أى ما ذكر من ولاية الإعارة للمستعير. ع]" الإشارة لا تعود إلى المسألة المتقدمة، بل إلى أن للمستعير أن ينتفع بالعارية ما شاء إذا أطلقت العارية. (تاج الشريعة)

(٥) أى عن الوقت والانتفاع. (ك)

(٦) أى الإعارة، بيان لأقسام الإعارة.

(٧) بالقسمة العقلية.

(٨) أى فى هذ القسم.

(٩) بأن قيدها بيوم ونص على نوع منفعة. (ك)

(١٠) أى فى الوقت والانتفاع.

(١١) من الوقت والمنفعة. (ع)

(١٢) قوله: "إلى مثل ذلك" بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من هذه الحنطة، فحمل عليها حنطة غيره لا ضمان عليه، لأن حنطته وحنطة غيره فى الضرر سواء. (مل)

(١٣) قوله: "أو خير منه" نحو ما إذا شرط حمل الحنطة، فحمل عليه الشعير لأن كيل الشعير أخف وزنًا من كيل الحنطة لأنها أصلب من الشعير. (ك)

(١٤) قوله: "والحنطة مثل الحنطة [أى فى حق الحمل على الحنطة. ك]" أشار بهذا إلى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة حنطة المستعير أو غيره، فالحنطة جنس واحد سواء كانت للمستعير أو غيره عينها المستعير أو لم يعينها. (عينى)

(١٥) أى عكس الثالث.

(١٦) أى للمستعير.

ولم يسمّ شيئًا له أن يحمل، ويعير غيره للحمل؛ لأن الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب[١]، ويركب غيره وإن[٢] كان الركوب مختلفًا[٣]، لأنه لما أطلق فيه[٤]، فله[٥] أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره، لأنه تعين ركوبه، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه[٦] حتى لو فعله[٧] ضمن[٨]، لأنه تعين الإركاب.

قال[٩]: وعارية[١٠] الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض[١١]؛ لأن الإعارة تمليك المنافع، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها[١٢]، فاقتضى تمليك العين ضرورة، وذلك بالهبة والقرض، والقرض أدناهما[١٣] فيثبت، أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع[١٤] ورد العين[١٥]، فأقيم رد المثل مقامه[١٦].

قالوا[١٧]: هذا[١٨] إذا أطلق الإعارة، أما إذا عيّن الجهة بأن استعار الدراهم ليعير بها[١٩] ميزانًا، ويزيّن بها[٢٠] دُكّانًا لم تكن قرضًا، ولا يكون له[٢١] إلا المنفعة المسماة،

---

(١٧) من الوقت أو النوع في الوجهين الأخيرين.

(١) قوله: "وله أن يركب إلخ" معناه إن شاء ركب بنفسه، وإن شاء أركب غيره، لا أنه يجمع بينهما يدل عليه قوله: بعده، حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره. (ك)

(٢) الواو وصلية.

(٣) لأن الناس يتفاوتون في الركوب.

(٤) قوله: "لأنه لما أطلق إلخ" يعني لما لم يعين المنتفع يكون تعيين المنتفع مفوضا إليه، فإن شاء عين نفسه، وإن شاء عين غيره، وأيهما عينه يتعين كما إذا عينه المالك. (ك)

(٥) أي المستعير.

(٦) بنفسه.

(٧) أي لو ركبه بنفسه بعد أن أركب غيره.

(٨) قوله: "ضمن" وهذا اختيار فخر الإسلام رحمه الله، وأما على قول غيره فله أن يركبه بعد الإركاب. (ك)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) بأن قال: أعرتك دراهمي.

(١١) يعني بمنزلة قوله: أقرضتك.

(١٢) بناء على الأكثر الأغلب. (نت)

(١٣) قوله: "أدنا هما" لكونه متيقنًا به، أو لأن القرض أدنا هما ضررًا، لأنه أقل ضررًا على المعطى، لأنه يوجب رد المثل، بخلاف الهبة، وما هو أقل ضررًا، فهو الثابت يقينًا. (ك)

(١٤) أي انتفاع المستعير.

(١٥) أي إلى المعير.

(١٦) عند تعذر رد العين.

(١٧) المشايخ.

(١٨) أي كونه قرضًا.

فصار كما إذا استعار آنية[١] يتجمل بها، أو سيفًا محلى يتقلدها.

قال[٢]: وإذا استعار أرضًا ليبنى فيها، أو ليغرس جاز، وللمعير أن يرجع فيها، ويكلّفه[٣] قلع البناء والغرس[٤]، أما الرجوع فلما بينا[٥]، وأما الجواز فلأنها[٦] منفعة معلومة تملك بالإجارة، فكذا بالإعارة[٧]، وإذا صح الرجوع بقى المستعير شاغلا أرض المعير، فيكلّف تفريغها. ثم إن لم يكن وقّت العارية، فلا ضمان عليه، لأن المستعير مغترّ غير مغرور[٨]، حيث اعتمد[٩] إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد، وإن كان وقّت العارية، ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا[١٠]، ولكنه يكره؛ لما فيه من خلف الوعد[١١]، وضمن المعير[١٢] ما[١٣] نقص البناء والغرس بالقلع[١٤]، لأنه[١٥] مغرور من جهته حيث وقّت له فالظاهر هو الوفاء

---

(١٩) قوله: "ليعير بها" الصواب ليعاير، قال فى "المغرب": وقوله: استعار دراهم ليعير بها صنجاة، أى ليسوى، ثم قال: الصواب ليعاير، يقال: عايرت المكائيل والموازين إذا قايستها، وذلك بأن يكون الدراهم موزونة بصنجة عدل، ولا يوجد تلك الصنجة، فاستعار هذه الدراهم ليسوى الميزان بها. (ك)

(٢٠) قوله: "ويزين بها إلخ" بأن استعار دراهم كثيرة، فوضع على الدكان حتى يظن الناس غناه فيعاملوا معه. (ك)

(٢١) المستعير.

(١) الإناء: وعاء الماء والجمع القليل آنية. (مغرب) إناء: ظرف آب مثل كوزه وكاسه وغيره. (كنز)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) المستعير.

(٤) بالفتح درخت نشانده. (من)

(٥) من أنه للمعير أن يرجع متى شاء.

(٦) أى هذه المنفعة.

(٧) دفعًا للحاجة.

(٨) قوله: "غير مغرور [من جانب المعير]" فإن قيل: هو مغرور لأنه إن لم يوقت صريحًا لكن وقت دلالة، لأن البناء والغرس للدوام، فكالإعارة له توقيتًا قلنا: قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض إذا جاء الصيف والشجر قد يغرس، ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة. (ك)

(٩) أى المستعير، وظن أنه يتركها فى يده مدة طويلة.

(١٠) من أن له الرجوع متى شاء.

(١١) وهو شعبة من النفاق.

(١٢) قوله: "وضمن المعير إلخ" يعنى ينظر كم يكون قيمة البناء، والغرس إذا بقى إلى المدة المضروبة، فيضمن ما نقص من قيمته، يعنى إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا، وإذا قلع فى الحال يكون قيمة النقص دينارين، فيرجع بثمانية دنانير. (كفاية)

(١٣) ما مصدرية.

(١٤) أى بسبب القلع.

بالعهد، فيرجع عليه دفعًا للضرر عن نفسه كذا[١] ذكره القدورى فى المختصر.

وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبناءه، ويكونان[٢] له[٣]، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما، ولا يضمّنه قيمتهما فيكون له ذلك، لأنه ملكه[٤].

قالوا: إذا كان فى القلع ضرر بالأرض[٥]، فالخيار إلى رب الأرض؛ لأنه صاحب الأصل، والمستعير صاحب تبع[٦]، والترجيح بالأصل[٧].

ولو استعارها[٨] ليزرعها لم يؤخذ منه[٩] حتى يُحصِد[١٠] الزرع، وقّت أو لم يوقّت[١١]؛ لأن له نهاية معلومة[١٢]، وفى الترك بالأجر مراعاة الحقين[١٣]، بخلاف الغرس؛ لأنه ليس له نهاية معلومة[١٤]، فيقلع دفعًا للضرر عن المالك.

قال[١٥]: وأجرة رد العارية على المستعير؛ لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه، والأجرة مؤنة الرد[١٦]، فتكون عليه، وأجرة رد العين المستأجرة على

---

(١٥) المستعير.

(١) أى ضمان ما نقص. (ع)

(٢) أى الغرس والبناء.

(٣) أى لرب الأرض.

(٤) المستعير.

(٥) قوله: "قالوا [المشايخ]: إذا كان إلخ" قيل: معني كلامه هذا أن ما قال القدورى أن المعير يضمن نقصان البناء، والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الأرض بالقلع ضرراً ما إذا لحق فالخيار فى الإبقاء بالقيمة مقلوعًا، وتكليف القلع، وضمان النقصان إلى صاحب الأرض، وهو ظاهر، ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد، ومعناه أن المستعير إنما يتمكن من القلع والترك إذا لم يتضرر الأرض بالقلع، أما إذا تضررت فالخيار لرب الأرض، وهو الأظهر. (ع)

(٦) هو الغرس أو البناء.

(٧) وفى نسخة: للأصل.

(٨) أى الأرض.

(٩) بل يترك فى يده بطريق الإجارة بأجر المثل. (ع)

(١٠) قوله: "حتى يحصد" من الإحصاد، ويقال: أحصد الزرع إذا حان حصاده. (عينى)

(١١) أى للزرع.

(١٢) أى فى نفسه.

(١٣) قوله: "مراعاة الحقين" لأنه إنما يترك بالأجر هكذا قالوا: كي لا تفوت منفعة أرضه مجانًا، ولا يفوت زراع الأرض ليعتدل النظر من الجانبين، كما فى الإجارة والزرع لم يدرك بعد، فإن ثمة يترك الأرض بأجر مراعاة للجانبين، كذا هذا. (ك)

(١٤) قوله: "لأنه ليس له نهاية معلومة [أى فى نفسه]" فيكون الضرر بالجانبين فيرجح صاحب الأصل. (ك)

(١٥) أى القدورى. (عينى)

المؤاجر؛ لأن الواجب على المستأجر التمكين، والتخلية دون الرد، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى[١]، فلا يكون[٢] عليه مؤنة رده، وأجره رد العين المغصوبة على الغاصب؛ لأن الواجب عليه الرد والإعارة إلى يد المالك دفعًا للضرر عنه، فيكون مؤنته عليه[٣].

قال[٤]: وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها، فهلكت لم يضمن، وهذا[٥] استحسان، وفي القياس يضمن، لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها، وجه الاستحسان: أنه أتى بالتسليم المتعارف، لأن رد العوارى[٦] إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار، ثم ترد إلى الدار، أو لو ردها[٧] إلى المالك فالمالك يردها[٨] إلى المربط[٩]، فصح رده، وإن استعار عبدًا، فرده إلى دار المالك، ولم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا[١٠].

ولو رد[١١] المغصوب، أو الوديعة إلى دار المالك، ولم يسلم إليه ضمن؛ لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك[١٢] بالرد إلى المالك دون غيره، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار، ولا إلى يد من في العيال[١٣]، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه، بخلاف العوارى لأن فيها عرفا[١٤]، حتى لو كانت العارية عِقد[١٥] جوهر لم

---

(١٦) فمن وجب عليه الرد وجب أجره عليه.

(١) فإنه سلم للمؤاجر ما شرط له من أجرة العين.

(٢) قوله: "فلا يكون عليه مؤنة إلخ" لأنه يتوصل به إلى ملك الآجر أكثر ما فيه، لأن لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر أقوى، لأنه مالك للعين، وملك المستأجر في المنفعة، والمنفعة تابعة للعين. (عناية)

(٣) الرد.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) أي عدم الضمان.

(٦) قوله: "لأن رد العوارى" عارية -بتشديد الياء وقد يخفف- هر چيز عاريتى كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب عوارى مشددة ومخففة جمع. (من)

(٧) دابة.

(٨) قوله: "فالمالك يردها إلخ" فيكون مسقطا مؤنة الرد عن المالك لا متعديًا، ولا يضمن المرء بالإحسان. (كفاية)

(٩) موضع الربط.

(١٠) أشار به إلى قوله: لأن رد العوارى إلخ.

(١١) هذه من مسائل مختصر القدوري، إلا أنه ليس فيه لفظ المغصوب.

(١٢) الفسخ.

(١٣) كسانيكه در نفقه ومونت او باشند.

(١٤) أي لأن الرد إلى دار المالك في العارية عرف.

يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه[١].

قال[٢]: ومن استعار دابة، فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن، والمراد بالأجير أن يكون مسانهة[٣] أو مشاهرةً، لأنها[٤] أمانة، فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة، بخلاف الأجير مياومة[٥]؛ لأنه ليس في عياله.

وكذا[٦] إذا ردها[٧] مع عبد رب الدابة أو أجيره؛ لأن المالك يرضى به، ألا ترى أنه[٨] لو رده إليه فهو يرده إلى عبده، وقيل: هذا[٩] في العبد الذي يقوم على الدواب[١٠]، وقيل: فيه[١١] وفي غيره، وهو[١٢] الأصح؛ لأنه إن كان لا يدفع إليه[١٣] دائمًا يدفع إليه أحيانًا، وإن كان[١٤] ردها[١٥] مع أجنبي ضمن[١٦]، ودلت المسألة[١٧] على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً[١٨]، كما قاله بعض المشايخ[١٩]، وقال بعضهم[٢٠]: يملكه[٢١] لأنه[٢٢] دون الإعارة، وأولوا هذه المسألة[٢٣] بانتهاء الإعارة

(١٥) بالكسر: هو القلادة گردن بند وحميل. (من)

(١) أي في عقد الجوهر.

(٢) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٣) سانهه مسانهة سالا سال داد او را چيزى، وسالانه كرد او را بركارى. (من)

(٤) العارية.

(٥) مياومة: روز مزد كردن. (من)

(٦) أي لا يضمن.

(٧) الدابة.

(٨) المستعير.

(٩) أي عدم الضمان بالرد إلى عبد رب الدابة.

(١٠) أي السائس.

(١١) قوله: "وقيل: فيه" أي قيل عدم الضمان في العبد الذي يقوم على الدواب، وفي غيره. (عيني)

(١٢) أي القول الثاني.

(١٣) أي إلى عبده الذي لا يقوم بالدواب.

(١٤) المستعير.

(١٥) الدابة.

(١٦) إذا هلك لأنه ليس بنائب عن المالك فصار متعديًا.

(١٧) المذكورة.

(١٨) قوله: "لا يملك الإيداع إلخ" لأنه لما وضعها في يد أجنبي للرد يكون وديعة، فعلم أنه لا يملك الإيداع إذ لو ملكه لما ضمن. (ك)

(١٩) وهو الكرخي.

(٢٠) وهو مشايخ العراق.

لانقضاء المدة[١].

قال: ومن أعار أرضًا بيضاء[٢] للزراعة يكتب[٣] إنك أطعمتنى عند أبى حنيفة، وقالا: يكتب إنك أعرتنى؛ لأن لفظة الإعارة موضوعة له[٤]، والكتابة بالموضوع أولى، كما فى إعارة الدار[٥]، وله أن لفظة الإطعام أدل[٦] على المراد لأنها تختص بالزراعة والإعارة ينتظمها، وغيرها كالبناء ونحوه[٧]، فكانت الكتابة بها أولى، بخلاف الدار، لأنها لا تعار إلا للسكنى[٨]، والله أعلم بالصواب.

كتاب الهبة[٩]

الهبة[١٠] عقد مشروع؛ لقوله عليه السلام[١١]: «تهادوا[١٢] تحابّوا[١٣]»*،

---

(٢١) قوله: "يملكه" أى يملك المستعير الإيداع، لأن الإيداع دون الإعارة، لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعًا، وتمليك المنافع، فلأن يملك الإيداع، وليس فيه تمليك المنافع أولى، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وعليه الفتوى. (عينى)

(٢٢) وديعة.

(٢٣) قوله: "وأولوا إلخ" يعنى أن المشايخ الذين قالوا: بأن المستعير يملك الإيداع أولوا هذه المسألة، وهى قوله: وإن ردها مع أجنبى ضمن المستعير، وإنما ضمن المستعير ههنا، لأنه لم يبق مستعيراً بسبب القضاء مدة الاستعارة حيث دفع إلى آخر بعد فراغه من استعماله. ونحن إنما قلنا بجواز الإيداع للمستعير إذا كان قائماً على كونه مستعيراً، وههنا لم يبق مستعيراً، وبقيت العارية فى يده وديعة وليس للمودع أن يودع غيره، فإذا أودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق. (ك)

(١) قوله: "بانتهاء إلخ" بأن كانت الإعارة موقتة، ومضى الوقت وبقى فى يد المستعير وديعة، والمودع لا يملك الإيداع، فوجب الضمان باعتبار الودع. (حميدية)

(٢) خالية عن الزراعة.

(٣) المستعير.

(٤) أى لعقد الإعارة.

(٥) حيث لا يكتب السكنى.

(٦) من الإعارة.

(٧) مثل نصب الخيمة.

(٨) والغرض يصير معلوماً بقوله: اعرتنى.

(٩) قوله: "كتاب الهبة" هى فى اللغة أصله من الوهب، ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غيره، يقال: وهب له مالا، ومنه قوله تعالى: ﴿فهب لى من لدنك وليًا يرثنى﴾، ويسمى الموهوب هبة وموهبة، واتهبه منه قبله، واستوهبه سأله وطلبه.

وفى الشرع هو تمليك المال بلا عوض، وأهلها أهل التبرع، وهو الحر المكلف، وركنها الإيجاب والقبول، لأنها عقد، وقيام العقد بالإيجاب والقبول، لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله، وإنما يحنث لو حلف أن لا يهب، فوهب ولم يقبل لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له، وهو الإيجاب لا القبول، لأنه فعل الغير، وشرطها أن يكون الموهوب مقسوماً محوزاً، وحكمها ثبوت الملك. (مل)

قوله: "كتاب الهبة" ذكرنا وجه المناسبة والترتيب فى الوديعة، وهو الترقى من الأدنى إلى الأعلى، ولأن العارية كالمفرد من الهبة، لأن فيها تمليك العين مع المنفعة. (نت)

وعلى ذلك[1] انعقد الإجماع، وتصح بالإيجاب[2] والقبول[3] والقبض، أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد، والعقد[4] ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك، وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع[5]، وعلى هذا الخلاف الصدقة[6].

ولنا: قوله عليه السلام*: «لا يجوز الهبة إلا مقبوضة[7]»، والمراد[8] نفي الملك؛ لأن الجواز بدونه[9] ثابت[10]، ولأنه عقد تبرع، وفي إثبات الملك[11] قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً[12] لم يتبرع به، وهو التسليم[13]، فلا يصح، بخلاف

---

(١٠) قوله: "الهبة" هي تمليك العين بلا عوض، أي بلا شرط عوض، لا أن عدم العوض شرط لينتقض بالهبة بشرط العوض. (درر)

(١١) قوله: "لقوله عليه السلام" أخرجه النسائي في كتاب الكنى، والبيهقي في "شعب الإيمان". (ت)

(١٢) أصله تهادي: يكديگر را هديه دادن. (من)

(١٣) قوله: "تحابوا" -بتشديد الباء المضمومة- وهو أيضاً صيغة خطاب للجماعة، وأصله تحابون، ولكن سقطت النون؛ لأنه جواب الأمر، أصله تحابيوا لأنه من التحابب من المحبة، أدغمت الباء في الباء. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٢٠، والدراية ج٢، الحديث٨٥٣ ص١٨٣. (نعيم)

(١) أي كون الهبة مشروعاً.

(٢) قوله: "وتصح بالإيجاب [كقوله: وهبت] إلخ" أما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه، قال شيخ الإسلام خواهر زادة في "مبسوطه": هو مجرد إيجاب الواهب، وهو قوله: وهبت، ولم يجعل قبول الموهوب له ركناً، لأن العقد ينعقد بمجرد إيجاب الواهب، ولهذا قال علماءنا: إذا حلف لا يهب، فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا، وقال صاحب "التحفة": ركنها الإيجاب والقبول، ووجهه أن الهبة أعقد، والعقد هو الإيجاب والقبول. (غن)

(٣) كقوله: قبلت.

(٤) قوله: "والعقد" قلت: نعم، هو عقد لكنه عقد تبرع، فيجب أن يتم بالتبرع نص على ذلك المصنف في كتاب الرهن، بقوله: الركن هو الإيجاب، لأنه عقد تبرع، فيتم بمجرد الإيجاب كالهبة والصدقة، فافهم. (ملا إله داد الجونفوري)

(٥) فإنه يملك المشتري قبل القبض.

(٦) فعند يشترط فيه القبض خلافاً لمالك.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٢١، والدراية ج٢، الحديث٨٥٤ ص١٨٣. (نعيم)

(٧) قلت غريب، ورواه عبد الرزاق من قول إبراهيم النخعي. (ت)

(٨) أي من قوله عليه السلام: «لا يجوز».

(٩) قبض.

(١٠) أي بالإجماع. (ك)

(١١) قوله: "وفي إثبات الملك إلخ" فإنه لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم، فيؤدي إلى إيجاب التسليم على المتبرع، وهو لم يتبرع به، وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات، بخلاف المعاوضات. (ك)

(١٢) قوله: "إلزام إلخ" هذا إنما يتم إذا كان التسليم لازما للملك، وليس كذلك فإن من باع شيئاً باتّاً يصير المبيع ملكاً للمشتري ولا يجب التسليم قبل قبض الثمن، فيجوز أن لا يجب التسليم ههنا أيضاً، لئلا يلزم المتبرع ما لم يلتزمه،

الوصية[١]، لأن أوان ثبوت الملك[٢] فيها[٣] بعد الموت، ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم[٤]، وحق الوارث متأخر عن الوصية[٥] فلم يملكها[٦].

فإن قبضه الموهوب له في المجلس[٧] بغير أمر الواهب جاز استحسانًا، وإن قبض بعد الافتراق[٨] لم يجز إلا أن يأذن له الواهب فى القبض، والقياس أن لا يجوز فى الوجهين[٩]، وهو قول الشافعى، لأن القبض تصرف فى ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باقٍ[١٠]، فلا يصح[١١] بدون إذنه.

ولنا: أن القبض بمنزلة القبول[١٢] فى الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه[١٣] وهو الملك، والمقصود منه[١٤] إثبات الملك[١٥]، فيكون الإيجاب منه تسليطًا له[١٦] على القبض، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقًا

وفائدة ثبوت الملك يظهر بعد موت المتبرع بدون الرجوع. (أعظمى)

(١٣) لأن من ضرورات الملك التسليم.

(١) قوله: "بخلاف الوصية إلخ" لما قاس مالك الهبة على الوصية فى أنه لا يشترط فى الوصية القبض، ويثبت ملك الموصى له فى الموصى به بعد موت الموصى، أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (عينى)

(٢) قوله: "لأن أوان إلخ" يعنى أن الوصية تمليك بعد الموت، وقد زال عن ملكه بعد الموت، فالزوال بهذه الوصية لا يلزم شيئًا لم يتبرع به، ولا ضمانًا. (ك)

(٣) أى فى الوصية.

(٤) بالموت.

(٥) قوله: "وحق الوارث إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: انعدم أهلية اللزوم للموصى بالموت، فوارثه يخلفه فى ملكه، فكان ينبغى أن يتوقف ملك الموصى له إلى وقت تسليم الوارث الموصى به إليه، لأن الوصية عقد تبرع كالهبة، وهناك يتوقف ملك الموهوب له إلى وقت التسليم، فكذلك فى الوصية ينبغى أن يكون كذلك.

فأجاب بأن الوارث أجنبى عما صح فيه الوصية، فكيف يصح فيه تسليم الأجنبى، فلما لم يوجد تسليم من يصح تسليمه ثبت الملك للموصى له فى الموصى به قبل القبض، فلم يكن إلزام التسليم عليه إلزامًا على المتبرع. (ك)

(٦) أى الوصية، أى مال الوصية.

(٧) أى مجلس الهبة.

(٨) عن المجلس.

(٩) قوله: "فى الوجهين" أى فيما إذا قبض فى المجلس بغير إذن الواهب، وفيما إذا قبض بعد الافتراق بدون إذنه. (ب)

(١٠) قوله: "باق" بدليل صحة تصرفه من البيع والإعتاق. (عينى)

(١١) القبض.

(١٢) فى البيع.

(١٣) كما لا يثبت الملك فى البيع إلا بالقبول.

(١٤) أى قصد الواهب من عقد الهبة.

(١٥) للموهوب له تحقيقًا لمقصوده. (ك)

(١٦) أى للموهوب له.

له بالقبول، والقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما يلحق به[١]، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض[٢] في المجلس، لأن الدلالة[٣] لا تعمل في مقابلة الصريح[٤].

قال[٥]: وينعقد الهبة بقوله: وهبت، ونحلت، وأعطيت؛ لأن الأول صريح فيه، والثاني مستعمل فيه[٦]، قال عليه السلام: «أكُلّ أولادك[٧] نحلت[٨] مثل هذا»*، وكذا الثالث[٩]، يقال: أعطاك الله، ووهبك الله بمعنى واحد.

وكذا ينعقد[١٠] بقوله: أطعمتك هذا الطعام، وجعلت هذا الثوب لك، وأعمرتك هذ الشيء[١١]، وحملتك[١٢] على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة، أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف[١٣] إلى ما يطعم عينه يراد به[١٤] تمليك العين[١٥]، بخلاف ما إذا قال: أطعمتك هذه الأرض حيث يكون عارية، لأن عينها[١٦] لا يطعم،

---

(١) أي بالقبول، وهو القبض.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذانهاه [بأن قال له: لا تقبض] إلخ" أي فإن قيل: يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض، فإن التسليط موجود، ولم يجز القبض في المجلس، وبعده أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

(٣) أراد بالدلالة الإذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض.

(٤) هو قوله: لا تقبض.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) أي مجازاً.

(٧) قوله: "أولادك" قلت: أخرجه الأئمة الستة عن النعمان بن بشير قال: إن أباه أتى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال: «إن نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال النبي ﷺ أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فارجعه». (ت)

(٨) نحله نحلا - بالضم- عطيه داد او را. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٢، والدراية ج٢، الحديث٨٥٥ ص١٨٣. (نعيم)

(٩) أي هو مستعمل في الهبة مجازاً.

(١٠) الهبة.

(١١) قوله: "وأعمرتك هذا الشي" أي جعلت لك هذا الشيء مدة عمرك، فإذا مت أنت فهو لي، يقال: أعمره الدار، قال له: هي لك عمرك، ومنه أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها، فمن أعمر شيئاً فهو له، ومنه العمرى. (ك)

(١٢) حمله بر ستور خود نشاند او را. (من)

(١٣) قوله: "إذا أضيف إلخ" مراد المصنف بالإضافة إلى ما يطعم عينه أن يذكر ما يطعم عينه، ويجعل مفعولا ثانياً، وأما في آية الكفارة، أي قوله تعالى: ﴿إطعام عشرة مساكين﴾، فالأمر ليس كذلك، فالإطعام على أصل وضعه وهو الإباحة، أي جعل الغير طاعماً لا جعله مالكاً. (نت)

(١٤) قوله: "يراد به" هذا يخالف ما في المحيط البرهاني نقلا عن الأصل من أنه لو قال: أطعمتك هذا الطعام، فإن قال: فاقبضه فهو هبة، وإن لم يقل فاقبضه، فتحمل الهبة والعارية.

(١٥) لغيره فيكون هبة.

فيكون المراد[١] أكل غلّتها[٢].

وأما الثانى فلأن حرف اللام للتمليك، وأما الثالث فلقوله عليه السلام[٣]: «فمن أعمر عمرى[٤] فهى للمعمر له ولورثته[٥] من بعده»*، وكذا إذا قال: جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا[٦].

وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقةً[٧]، فيكون عارية، لكنه يحتمل الهبة[٨]، يقال: حمل الأمير فلانًا على فرس، ويراد به التمليك، فيحمل[٩] عليه[١٠] عند نيته. ولو قال: كسوتك هذ الثوب يكون هبة؛ لأنه يراد به التمليك، قال الله تعالى[١١]: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ[١٢]﴾، ويقال: كسى الأمير فلانًا ثوبًا، أى ملكه منه، ولو قال: منحتك هذه الجارية كانت عارية[١٣]؛ لما روينا من قبل[١٤].

ولو قال: دارى لك هبة سكنى[١٥]، أو سكنى[١٦] هبة فهى عارية؛ لأن العارية

---

(١٦) الأرض.

(١) قوله: "فيكون المراد إلخ" أقول وإن أمكن أن يراد بالإطعام المضاف إلى مثل الأرض تمليك العين مجازاً لكن هذا التجوز ليس بمتعارف فى مثل ذلك، وإنما المتعارف أن يراد إطعام الغلة على طريق ذكر المحل، وإرادة الحال، وكلام العاقل إنما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ. (نت)

(٢) الحاصل.

(٣) قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى عن جابر. (ت)

(٤) العمرى أن يقول لصاحبه: أعمرتك دارى، أى جعلتها لك مدة عمرك.

(٥) قوله: "ولورثته من بعده" أى لورثة المعمر له من بعد المعمر له، يعنى يثبت به الهبة، ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٣، وفى الدراية ج٢ تحت الحديث٨٥٥ ص١٨٤. (نعيم)

(٦) قوله: "لما قلنا [وهو أن حرف اللام للتمليك. ع]" إشارة إلى قريبه، و هو قوله: فلقوله عليه السلام: «فمن أعمرى عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده» ويدل على هذا ذكر هذه الصورة فى ذيل الثالث. (نت)

(٧) قوله: "هو الإركاب حقيقةً [أى فى اللغة. ع]" فإن قيل: كيف يستقيم قوله: إن حقيقته الإركاب، وقد سبق فى العارية أن قوله: حملتك لتمليك العين، لأنا نقول حقيقة الإركاب نظراً إلى الوضع، وهو لتمليك العين فى العرف والاستعمال، ولكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف، فكان هذا فى معنى الاسم المشترك. (ك)

(٨) أى عرفًا.

(٩) وهذا الحمل مجاز لغوى وحقيقة عرفية.

(١٠) أى على الهبة.

(١١) فى كفارة اليمين.

(١٢) عشرة مساكين.

(١٣) لكن إذا نوى تمليك العين يثبت لأنه محتمل.

(١٤) أراد به ما ذكره فى كتاب العارية من قوله عليه السلام: المنحة مردودة. (ك)

محكمة في تمليك المنفعة[١]، والهبة تحتملها[٢]، وتحتمل تمليك العين، فيحمل على المحكم. وكذا إذا قال: عُمري سكنى، أو نُحلى[٣] سكنى، أو سكنى صدقة[٤]، أو صدقة عارية[٥]، أو عارية هبة[٦]؛ لما قدمناه[٧].

ولو قال: هبة تسكنها فهى هبة؛ لأن قوله: تسكنها مشورة، وليس بتفسير له[٨]، وهو تنبيه على المقصود[٩]، بخلاف قوله: هبة سكنى، لأنه تفسير له[١٠].

قال[١١]: ولا يجوز الهبة[١٢] فيما يقسم[١٣] إلا محوزة مقسومة[١٤]، وهبة المشاع

---

(١٥) قوله: "هبة سكنى إلخ" نصب الهبة فى الموضعين على الحال أو التمييز، لما فى قوله: دارى لك من الإبهام. (ب)

(١٦) قوله: "سكنى" السكنى مصدر سكن الدار، وفيها أذا قام أو اسم بمعنى الإسكان كالرقبى بمعنى الإرقاب، وهى فى قولهم: دارى لك سكنى فى محل النصب على الحال على معنى سكنته، أو مسكونًا فيها. (مغرب)

(١) قوله: "لأن العارية إلخ" كان من حقه أن يقول: لأن السكنى محكم فى تمليك المنفعة، فلعله توهم أن المذكور قبله هبة عارية، أو عارية هبة، فعلل بذلك، أو لأن قوله: سكنى عارية، فذكر العارية فى التعليل مكان السكنى لدلالة السكنى على العارية. (ك)

(٢) أى تحتمل هبة المنفعة.

(٣) اسم من النحلة الإعطاء، نحلى كبشرى بخشش وعطية. (من)

(٤) بأن قال: دارى لك سكنى صدقة.

(٥) بأن قال: دارى لك صدقة عارية.

(٦) بأن قال: دارى لك عارية هبة.

(٧) قوله: "لما قدمناه" إشارة إلى قوله: لأن العارية محكمة فى تمليك المنفعة، وذلك لأن لام الملك يحتمل تمليك المنفعة، فكان أول كلامه محتملا تمليك السكنى.

وقوله: سكنى محكم فى تمليك المنفعة، لأنه لا يحتمل تمليك الرقبة، أو أنه خرج تفسيرًا لأول الكلام، فيتغير به حكم أول الكلام، فصار المحكم قاضيًا على المحتمل، فكأنه قال: لك سكنى دارى، فيكون عارية. (ك)

(٨) قوله: "وليس بتفسير له إلخ" لأن قوله: تسكنها فعل، وأنه لا يصلح تفسيرًا للمذكور سابقًا، ولكنه مشورة أشار به عليه فى ملكه فإن شاء قبل مشورته، وسكنها، وإن شاء لم يقبل، وهو بيان لمقصوده أنه ملكه الدار ليسكنها، وهذا معلوم، وإن لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله: هذا الطعام لك تأكله، أوهذا الثوب لك تلبسه. (ك)

(٩) وهو ملك الدار ليسكنها.

(١٠) قوله: "لأنه تفسير له" أى لأن قوله: سكنى اسم، فجاز أن يكون تفسيرًا لاسم آخر، فيتغير به أول الكلام كما فى الاستثناء والشرط، فيكون عارية. (عينى)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "ولا يجوز إلخ" معنى قوله: لا يجوز الهبة لا يثبت الملك فيه إلا محوزة مقسومة، لأن الهبة فى نفسها فيما يقسم يقع جائزة، ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزًا، فإنه إذا وهب مشاعًا فيما يقسم، ثم أفرزه وسلمه صحت ووقعت مثبتة للملك، فعلم بهذا أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة فى نفسها لكن توقف إثباتها الملك على الإفراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار. (ع)

(١٣) قوله: "فيما يقسم" نعنى بما لا يحتمل القسمة ما لا يبقى منتفعًا بعد القسمة أصلا كعبد واحد، ودابة واحدة، أو لا يبقى منتفعًا بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير، والحمام الصغير

فيما لا يقسم[١] جائز، وقال الشافعي: يجوز[٢] في الوجهين[٣]؛ لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه[٤]، وهذا[٥] لأن المشاع قابل لحكمه، وهو الملك، فيكون[٦] محلا له، وكونه تبرعًا لا يبطله الشيوع[٧]، كالقرض[٨] والوصية[٩]. ولنا: أن القبض منصوص[١٠] عليه في الهبة، فيشترط كماله[١١]،

والرحى، ونعني بالمقسوم أن يبقى منتفعًا قبل القسمة وبعدها. (كافي)

(١٤) قوله: "إلا محوزة [أصل الحوز للجمع، كذا في "المغرب"] إلخ" نعني بالمحوز أن يكون مفرغًا عن أملاك الواهب وحقوقه، وقد احترز به عما إذا وهب التمر على النخيل دون النخيل، أو وهب الزرع على الأرض دون الأرض، لأن الموهوب ليس بمحوز، أي ليس بمقبوض على الكمال لاتصاله بملك الواهب.

وقوله: "مقسومة" احتراز عن المشاع، فإنه إذا جاز وقبض التمر الموهوب على النخيل، وكان التمر مشتركًا بينه وبين غيره لا يجوز أيضًا، لأنه غير مقسوم. (ك)

(١) قوله: "وهبة المشاع فيما لا يقسم" معناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة، لأن المشاع غير مقسوم، فيكون معناه ظاهرًا، هبة النصيب الغير المقسوم فيما هو مقسوم، وذلك ليس على ما ينبغي، وتصحيحه بما ذكرنا. (عناية)

(٢) أي يثبت الملك.

(٣) أي ما يقسم وما لا يقسم.

(٤) قوله: "بأنواعه" من الصحيح والفاسد والصرف والسلم، فإن الشيوع لا يمنع تمام العقد في هذه العقود بالإجماع. (ع)

(٥) أي صحته في المشاع.

(٦) المشاع.

(٧) قوله: "وكونه تبرعًا إلخ" جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة، وهو أن يقال: أن عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به، فيكون إلزامًا عليه ما لم يلزمه، وهو باطل، فقال: كونه عقد تبرع إلخ، يعني أن الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذالك لا يمنع في الهبة. (نتائج الأفكار)

(٨) قوله: "كالقرض" فصورة قرض المشاع أنه لو دفع ألف درهم مثلا على أن يكون نصفه قرضًا عليه، ونصفه بضاعة، أو يعمل في نصف الآخر بشركته، فإنه يجوز مع أن القبض شرط لوقوع الملك في القرض ولا يشترط القسمة فيه. (ك)

(٩) بأن أوصى لرجلين بألف درهم.

(١٠) قوله: "منصوص" لما روينا من قوله عليه السلام: «لا تصح الهبة إلا مقبوضة». (ع)

قوله: "منصوص عليه" روى عبد الرزاق في آخر الوصايا من مصنفه، فقال: أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم النخعي قال: لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل أن تقبض، وفي الباب آثار منها ما رواه مالك في "الموطأ" في كتاب القضاء عن ابن شهاب الزهري عن عروة عن عائشة قالت: إن أبا بكر كان نحلها جداد عشرين وسقا بالعالية. فلما حضرته الوفاة قال: ما من الناس أحب إلي منك، ولا أعز إلي فقرًا منك، وإن كنت نحلتك جداد عشرين وسقًا، فلو كنت جددته كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك، وأختاك فاقتسموه على كتاب الله تعالى، قالت: يا ابت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية، فولدت جارية، وأخواها عبد الرحمن، ومحمد، وبنت خارجة بن زيد زوجة أبي بكر كانت في ذلك الوقت حاملة، فولدت أم كلثوم.

وعن مالك رواه محمد بن الحسن في "موطئه"، ورواه عبد الرزاق في "مصنفه" أخبرنا ابن جريج أخبرني ابن أبي.

والمشاع لا يتقبله[1] إلا بضم غيره إليه[2]، وذلك[3] غير موهوب[4]، ولأن فى تجويزه[5] إلزامه شيئًا لم يلتزمه[6]، وهو القسمة، ولهذا امتنع جوازه[7] قبل القبض كيلا يلزمه التسليم[8]، بخلاف ما لا يقسم، لأن القبض القاصر هو الممكن، فيكتفى به[9]. ولأنه لايلزمه مؤنة القسمة، والمهايأة[10] تلزمه فيما لم يتبرع به، وهو المنفعة[11]، والهبة لاقت العين، والوصية ليس من شرطها القبض[12]، وكذا البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والصرف، والسلم، فالقبض فيها[13] غير منصوص عليه[14].

مليكة أن القاسم بن محمد أخبره أن أبا بكر قال لعائشة: يا بنية إنى كنت نحلتك نحلا من خيبر، فرديه على ولدى، فقالت: لو كانت لى خيبر بجدادها لرددتها.

وروى عبد الرزاق أيضًا، قال: أخبرنا معمر عن الزهرى عن عروة بن الزبير قال: أخبرنى المسور ابن مخرمة، وعبد الرحمن بن عبد القارى أنهما سمعا عمر بن الخطاب يقول: ما بال أقوام ينحلون أولادهم، فإذا مات الابن قال الأب: ما لى وفى يدى، وإذا مات الأب قال: ماكنت نحلت ابنى إلى كذا وكذا ألا لا تحل إلا لمن أجازه، وقبضه.

وقال عبد الرزاق: أخبرنا ابن جريج قال: زعم سليمان بن موسى أن عمر بن عبد العزيز كتب أيما رجل نحل، فلم يدفعه إليه، فتلك النحلة باطلة، وزعم أن عمر أخذه من نحل أبى بكر عائشة. (تخريج زيلعى)

(١١) قوله: "فيشترط كماله [القبض]" لأن التنصيص يدل على الاعتناء بوجوده، وقبض المشاع ناقص، لأنه لا يقبله إلا بضم غيره إليه، فكل جزء قبضه يشتمل على ما وجب قبضه، وما لا يجوز قبضه، فكان مقبوضا من وجه دون وجه، وفيه شبهة العدم المنافية للاعتناء بشأنه. (عناية)

(١) أى كمال القبض.

(٢) أى غير الموهوب إلى الموهوب.

(٣) أى الغير.

(٤) وغير ممتاز عن الموهوب.

(٥) أى عقد الهبة فى المشاع.

(٦) قوله: "إلزامه إلخ" أى الواهب، وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر. (عناية)

(٧) قوله: "ولهذا امتنع" أى لكون إلزام ما لم يلتزم.

قوله: "امتنع جوازه [أى الهبة]" الظاهر أن المراد بالجواز النفاذ، وإلا فالهبة قبل القبض ليست بباطلة، وامتناع الجواز يوجب بطلانها. (أعظمى رحمه الله)

(٨) قوله: "كيلا يلزمه [أى واهب] التسليم" وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة.

(٩) الضرورة.

(١٠) قوله: "والمهايأة [قد مر تحقيقه من قبل] إلخ" أى فإن قيل: لزمه المهايأة فيما لا يحتمل القسمة وفى إيجابها إلزام ما لم يلتزم، ومع ذلك العقد جائز، فليكن مؤنة القسمة كذلك، أجاب عنه بقوله: والمهايأة إلخ. (ع)

(١١) لأن المهاية قسمة المنافع.

(١٢) قوله: "والوصية ليس إلخ" جواب عن قوله: والوصية تقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه فى المشاع، والوصية ليست كذلك. (عينى)

(١٣) وإن كان القبض فى البيع الفاسد شرطًا للملك.

(١٤) قوله: "غير منصوص عليه" أى فى هذا البيع حتى يراعى وجوده على أكمل الجهات، وقوله عليه السلام:

ولأنها[١] عقود ضمان[٢]، فتناسب لزوم مؤنة القسمة[٣]، والقرض تبرع[٤] من وجه، وعقد ضمان[٥] من وجه، فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين[٦] على أن القبض غير منصوص عليه فيه[٧].

ولو وهب من شريكه[٨] لا يجوز[٩]؛ لأن الحكم يدار على نفس الشيوع[١٠]،

قال[١١]: ومن وهب[١٢] شقصاً[١٣] مشاعًا[١٤]، فالهبة فاسدة[١٥]؛ لما ذكرنا[١٦]، فإن قسَّمَه[١٧] وسلمه جاز، لأن تمامه بالقبض، وعنده لا شيوع[١٨].

قال[١٩]: ولو وهب دقيقا فى حنطة، أو دهنا فى سمسم فالهبة فاسدة، فإن

«يدا بيد» بيان التعيين إلا أن التعيين فى الثمن يكون بالقبض، ولأن القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصحة لا شرط الابتداء والبقاء أسهل من الابتداء، ولا كذلك فى الهبة، فإن التنصيص على القبض فيها ليقع صحيحاً فافترقا. (ك)

(١) أى البيوع.

(٢) لا تبرع.

(٣) بخلاف الهبة فإنها عقد تبرع.

(٤) بدليل أنه لا يصح من الصبى والعبد. (ع)

(٥) فإن المستقرض مضمون بالمثل. (ع)

(٦) قوله: "عملا بالشبهين [أى شبه التبرع و شبه الضمان]" فلشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض، ولشبهه بعقد الضمان لم يشترط فيه القسمة، وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان. (ك)

(٧) ليراعى وجوده على أكمل الجهات. (عينى)

(٨) قوله: "ولو وهب إلخ" جواب عن قول أبى ليلى فإن عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمة تجوز من الشريك لعدم استحقاق ضمان القسمة. (عينى)

(٩) وإن لم يلزم فيه مؤنة القسمة.

(١٠) قوله: "يدار على نفس الشيوع" أى فيما يحتمل القسمة، وهذا لأن القبض فى الهبة لا يتم فى الجزء الشائع، فقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لاقاه الهبة، وإنما يتم به وبغيره، وهو ما كان مملوكًا له وما يشترط لإتمام العقد، فإنما يعتبر ثابتًا فيما يتناوله العقد دون غيره. (كفاية)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "ومن وهب إلخ" كانت هذه المسألة معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيداً لقوله: فإن قسمه وسلمه إلخ. (ع)

(١٣) پاره.

(١٤) نصيباً.

(١٥) قوله: "فاسدة" أى لا يثبت حكمًا، وهو الملك، وإن اتصل به القبض مشاعًا، ويكون مضمونًا على الموهوب له إذا قبض. (ك)

(١٦) من أن الهبة فيما يقسم لا تجوز إلا محوزة مقسومة.

(١٧) وأفرز نصيبه.

(١٨) قوله: "وعنده لا شيوع" وبه تبين أن المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل، ولم يسلم حتى وهب إليه النصف الآخر وسلمها جملة جازت. (ع)

طحن[1] وسلمه[2] لم يجز، وكذا السمن في اللبن؛ لأن الموهوب معدوم[3]، ولهذا[4] لو استخرجه الغاصب يملكه[5]، والمعدوم ليس بمحل للملك، فوقع العقد باطلا، فلا ينعقد إلا بالتجديد، بخلاف ما تقدم[6]؛ لأن المشاع محل للتمليك[7]، وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم، والزرع والنخل في الأرض، والتمر في النخيل بمنزلة المشاع[8]؛ لأن امتناع الجواز للاتصال[9]، وذلك يمنع القبض كالمشاع[10]. قال[11]: وإذا كانت العين في يد الموهوب له[12] ملكها بالهبة، وإن لم يجدد فيه قبضاً[13]؛ لأن العين في قبضه، والقبض هو الشرط، بخلاف ما إذا باعه[14]

---

(١٩) أي القدوري. (عيني)

(١) الحنطة.

(٢) الدقيق.

(٣) قوله: "لأن الموهوب معدوم [وقت عقد الهبة]" لأن الدقيق حادث بالطحن، والدهن بالعصر، ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكًا له، وهذا لأن قبل الطحن هو حنطة، والدقيق غير الحنطة، وكون الشيء الواحد شيئين في وقت واحد مستحيل، فعرفنا أنه أضاف العقد إلى المعدوم، فكان لغوا غاية ما في الباب أن الدهن يحصل بالسمسم والعصر إلا أن العصر آخرهما وجوداً، فيضاف الوجود إليه كزراعة الحنطة تضاف إلى الزراع، وإن لم يكن بد من الحنطة والأرض. (ك)

قوله: "لأن الموهوب معدوم" لأنه ليس بموجود بالفعل، وإنما يحدث بالعصر والطحن، ولا معتبر بكونه موجوداً بالقوة، لأن عامة الممكنات كذلك، فلا تسمى موجودة. (عناية)

(٤) أي لكونه معدوماً.

(٥) قوله: "لو استخرجه إلخ" بأن غصب سمسماً فاستخرج دهنه، فإنه يملكه، لأنه وقت الغصب لم يكن موجوداً، فلم يرد عليه الغصب. (عيني)

(٦) هو المشاع فإنه لا يحتاج فيه إلى تجديد العقد.

(٧) قوله: "محل للتمليك" لكونه موجوداً وقت العقد، ويتصور القبض فيه لكن لا على سبيل الكمال، ولهذا يصح بيعه بالإجماع والمانع فيه لمعنى في غيره، وهو العجز عن التسليم، فإذا زال المانع انقلب جائزاً. (عيني)

(٨) قوله: "بمنزلة المشاع [يعني لا يجوز]" فإذا حلب اللبن وجز الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له جاز استحساناً كما في المشاع إذا وهبه وسلمه، وكذا لو قطع التمر والزرع وسلمها. (عيني)

(٩) قوله: "للاتصال [لا لكون هذه الأشياء معدومة]" أي لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع إمكان الفصل، وذلك يمنع القبض كالشائع. (ك)

(١٠) وفي نسخة: كالشائع، والشيوع يمنع فكذا الاتصال.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) بالوديعة، أو العارية، أو نحوهما.

(١٣) قوله: "وإن [الواو وصلية] لم يجدد فيه [بأن ينتهي إلى الموضع الذي فيه العين، ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها. ك] إلخ" والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى، ولا ينوب الأدنى عن الأعلى، بيانه أن الشيء إذا كان مغصوباً في يده، أو مقبوضاً بالعقد الفاسد، فباعه منه بيعاً صحيحاً جائزاً لا يحتاج إلى قبض آخر لاتفاق القبض، إذ كل واحد منهما مضمون.

وكذلك إذا وهبه أيضاً لا يحتاج إلى قبض آخر لكون ذلك القبض أعلى، وهو كونه مضموناً، وكذلك إذا كان

منه[١]، لأن القبض في البيع مضمون، فلا ينوب عنه[٢] قبض الأمانة، أما قبض الهبة غير مضمون، فينوب عنه[٣]. وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد[٤]؛ لأنه[٥] في قبض الأب، فينوب[٦] عن قبض الهبة[٧]، ولا فرق بين ما إذا كان في يده[٨]، أو في يد مودعه[٩]، لأن يده كيده[١٠]، بخلاف ما إذا كان مرهونًا[١١]، أو مغصوبًا، أو مبيعًا بيعًا فاسدًا[١٢]؛ لأنه في يد غيره[١٣]، أو في ملك غيره[١٤]، والصدقة في هذا مثل الهبة[١٥].

الشيء وديعة في يده، أو عارية، فوهبه مالكه من صاحب اليد، فإنه لا يحتاج إلى قبض آخر لاتفاق القبضين، لأن كلا القبضين أمانة، ولو كانت وديعة عنده أو عارية فباعه منه فإنه يحتاج إلى قبض جديد، لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان. (ك)

(١٤) المالك.

(١) أي مما في يده.

(٢) أي عن قبض البيع.

(٣) قوله: "فينوب عنه" أي ينوب قبض الأمانة عن غير المضمون، وهو الهبة. (عيني)

(٤) قوله: "ملكها الابن إلخ" والقبض فيها بإعلام ما وهبه له وليس الإشهاد بشرط إلا أن فيه احتياطًا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد إدراك الولد. (عناية)

(٥) أي لأن الذي وهبه.

(٦) أي قبض الأب.

(٧) فلا يحتاج إلى قبض آخر.

(٨) أي الأب.

(٩) الأب.

(١٠) قوله: "لأن يده [يد المودع] كيده [الأب]" أي لأن يد المودَع يد المودِع حكمًا، فيمكن أن يجعل قابضًا لولده باليد التي هي قائمة مقام يده، فإن قيل: قد قلتم إذا وهب الوديعة من المودع جاز، ولو كان يده كيد المودع لم يكن قابضًا لنفسه بحكم يده. قلنا: اليد للمودع في الحقيقة فباعتبار هذه الحقيقة يجعل قابضًا لنفسه، ويده قامت مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملا للمودع، وذا قبل التمليك بالهبة، فأما بعد ذلك فهو عامل لنفسه.

فإن قيل: ينبغي أن لا يتم الهبة إذا كان في يد مودعه لاشتراط الكمال في القبض، وكون هذا القبض حكميًا، وهو أنقص من القبض حقيقة. قلنا: القبض حكمًا كاف لاتمام الهبة، ولهذا يجوز بالتخلية، بخلاف الشائع، فإن قبضه في ضمن الكل، والضمني كأن لم يكن. (ك)

(١١) قوله: "بخلاف ما إذا كان [الذي وهبه] مرهونًا إلخ" يعني إذا كان مال الأب مغصوبًا، أو كذا وكذا، لم يتم الهبة بالعقد لأنه في يد غيره في الرهن والغصب، أو في ملك غيره في البيع الفاسد. (ك)

(١٢) وقد سلم إلى المشتري.

(١٣) قوله: "لأنه في يد غيره" أي في يد غير الأب، فلا ينوب قبض المرتهن، والغاصب عن قبض الهبة للولد. (ب)

(١٤) أي غير الأب وهو المشتري بالشراء الفاسد.

(١٥) قوله: "والصدقة إلخ" أراد أن الصدقة في [illegible] مذكور كحكم الهبة فيما إذا تصدق على ابنه الصغير، ملكها الابن بعقد الصدقة فلو تصدق عليه بما عند مود[illegible]ه جاز بخلاف ما إذا تصدق بما في يد المرتهن، والغاصب

وكـذا إذا وهبت لـه[١] أمـه، وهـو فى عـيالهـا[٢]، والأب ميت، ولا وصى له، وكذلك كل من يعوله[٣].

وإن وهب له أجنبى هبـة تمت بقـبض الأب؛ لأنه[٤] يملك عليـه[٥] الدائر بين النافع والضائر[٦]، فأولى أن يملك النافع.

وإن وهب لليتيم هبة[٧]، فقبضها له وليه، وهو وصى الأب أو جد اليتيم، أو وصيه[٨] جاز؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه، لقيامهم مقام الأب، وإن كان فى جحر[٩] أمه، فقبضها[١٠] له جائز؛ لأن لها[١١] الولاية فيما يرجع إلى حفظه، وحفظ ماله، وهذا[١٢] من بابه[١٣]؛ لأن لا يبقى إلا بالمال[١٤]، فلا بد من ولاية تحصيل النافع، وكذا إذا كان فى حجر أجنبى يربيه[١٥]، لأن له[١٦] عليه يداً معتبرة، ألا ترى أنه لا يتمكن

والمشترى بالشراء الفاسد، والتعليل هو التعليل. (عينى)

(١) أى للابن الصغير.

(٢) قوله: "وهو [الواو حالية] فى عيالها [عيـال كسانيكه در نفقه ومؤنت أو باشند]" قيد بقوله: وهو فى عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية، وقيد بموت الأب، وعدم الوصى، لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض. (ع)

(٣) قوله: "وكذلك كل من يعوله" نحو الأخ والعم والأجنبى، أى إذا وهب الصغير من يعوله شيئًا، فهو كما إذا وهب الأب لابنه الصغير فى حكم القبض، وقال فى "النهاية" وغيرها: أطلق فى الكتاب جواز قبض هؤلاء، ولكن ذكر فى "الإيضاح" و "مختصر الكرخى": أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة، وهو الأب ووصيه، والجد، أب الأب بعد الأب، ووصيه. وأما مع وجد واحد منهم فلا سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم منه، أو أجنبياً لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف فى ماله، فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبى فى عياله لثبوت نوع، ولاية له حنيئذٍ، ألا ترى أنه يؤديه ويسلمه فى الصنائع، فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة. (مل)

قوله: "يعوله" عال عيالةً. (كافى) وبسند گرديد عيـال خود را، ونفقه وخورش داد وعيـال دارى كـرد. (من)

(٤) الأب.

(٥) الابن الصغير.

(٦) ضاره ضوراً: گزند رسانيد او را كار وزيان كرد. (من)

(٧) أى مال. (ع)

(٨) الجد.

(٩) حجر بالفتح كنار مردم. (من) أى فى كنفها وتربيتها. (ع)

(١٠) أى الأم.

(١١) الأم.

(١٢) أى قبض الهبة له.

(١٣) أى من باب الحفظ.

(١٤) فإن حفظ اليتيم لا يبقى إلا بقوت وملبوس.

(١٥) قوله: "وكذا إذا كان إلخ" أى يجوز للأجنبى الذى يعوله، ويربيه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الأربعة، وفى

أجنبي آخر أن ينزعه من يده، فيملك[١] ما يتمحض نفعًا في حقه[٢].

وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز[٣]، معناه إذا كان عاقلا، لأنه[٤] نافع في حقه[٥]، وهو[٦] من أهله[٧]، وفيما وُهِب للصغيرة[٨] يجوز قبض[٩] زوجها لها بعد الزفاف[١٠]؛ لتفويض الأب أمورها إليه[١١] دلالة[١٢]، بخلاف ما قبل الزفاف[١٣]، ويملكه[١٤] مع حضرة الأب[١٥]، بخلاف الأم، وكل من يعولها غيرها[١٦] حيث لا يملكونها[١٧] لا بعد موت الأب، أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح[١٨]؛ لأن تصرف

"المبسوط": وإذا ثبت أن للأجنبي الذي يعوله أن يقبض هبة الغير له، فكذلك إذا كان هو الواهب فأعلمها وأبانها فهو جائز، وقبضه له قبض، ويستوي إن كان الصبي يعقل أولا يعقل. (ك)

(١٦) أي لهذا الأجنبي.

(١) أي هذا الأجنبي.

(٢) ومن جملته قبول الهبة له.

(٣) قوله: "جاز" أي استحسانًا، وأما جواب القياس لا يجوز لأنه لا معتبر بفعله قبل البلوغ خصوصًا فيما يمكن تحصيله له بغيره، فإن اعتبار عقله للضرورة، وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره. (ك)

(٤) أي لأن قبض الهبة.

(٥) أي الصبي.

(٦) الواو حالية، وهو –الضمير المنفصل– راجع إلى الصبي

(٧) القبض.

(٨) ممن يجامع مثلها أم لا.

(٩) وإن قبضت بنفسها جاز، ولو قبض الأب صح أيضًا لبقاء ولايته. (ك)

(١٠) زفاف –بالكسر–: فرستادن عروس را بسوى شوى. (من)

(١١) الزوج.

(١٢) قوله: "دلالة" حيث زفها إليه وهي صغيرة، وأقامه مقام نفسه في حفظها، وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال. (عيني)

(١٣) قوله: "بخلاف ما قبل الزفاف [فإنه قبل الزفاف لا يكون للزوج عليها ولاية]" لأن اعتبار ذلك بحكم أنه يعولها، وإن له عليها يد مستحقة، وذلك لا يوجد قبل الزفاف. (ك)

(١٤) قوله: "ويملكه إلخ" أي يملك الزوج قبض الهبة مع حضرة الأب، واحترز به عما ذكر في "الإيضاح" أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيًا. (عيني)

(١٥) أي حياة الأب.

(١٦) الأم.

(١٧) أي قبض الهبة لها.

(١٨) قوله: "في الصحيح" يتعلق بقوله: حيث لا يملكونها إلخ، وإنما قال في الصحيح، لأن فيه خلافًا فإن شيخ الإسلام خواهر زاده قال في "مبسوطه": فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والأم والجد والأخ، وقالوا: يجوز قبض هؤلاء عن الصغير إذا كان في عيالهم، وإن كان الأب حاضرًا، كما في الزوج. (نتائج)

هؤلاء[١] للضرورة لا بتفويض الأب[٢]، ومع حضوره لا ضرورة.

قال[٣]: وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز، لأنهما سلماها جملة، وهو[٤] قد قبضها جملة، فلا شيوع[٥]، وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة.

وقالا: يصح؛ لأن هذه هبة الجملة منهما؛ إذ التمليك واحد، فلا يتحقق الشيوع، كما إذا رهن من رجلين داراً[٦].

وله[٧] أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا[٨] لو كانت الهبة[٩] فيما لا يقسم، فقبل أحدهما صح[١٠]، ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف[١١]، فيكون التمليك كذلك، لأنه حكمه[١٢].

وعلى هذا الاعتبار[١٣] يتحقق الشيوع، بخلاف الرهن[١٤] لأن حكمه[١٥] الحبس، ويثبت[١٦] لكل منهما[١٧] كملا[١٨]، فلا شيوع، ولهذا لو قضى[١٩] دين

---

(١) أي الأم وكل من يعولها.

(٢) قوله: "لا بتفويض الأب" احترز به عن تصرف الزوج، لما ذكرنا أن ولاية الزوج بتفويضه أمورها دلالة اليد. (ب)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) الموهوب له.

(٥) قوله: "فلا شيوع" والمؤثر الشيوع عند القبض، لا عند العقد حتى لو وهب الكل، ثم سلم النصف لا يجوز، ولو وهب النصف، ثم النصف وسلم الكل جاز. (ك)

(٦) قوله: "كما إذا رهن إلخ" فإنه يجوز، فالهبة أولى، لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة. (عيني)

(٧) هذا الاستدلال من جانب التمليك. (م)

(٨) أي لأجل كون هذه الهبة هبة النصف من كل منهما.

(٩) أي هبة الواحد للاثنين.

(١٠) فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة. (م)

(١١) قوله: "ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف" وهو غير ممتاز، فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال، وهذا الاستدلال من جانب الملك. (م)

(١٢) التمليك.

(١٣) قوله: "وعلى هذا الاعتبار [أي على اعتبار أن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف. ك]" أي على اعتبار المذكور وهو ثبوت الشيوع في التمليك بثبوت الملك مشاعاً يتحقق الشيوع فنفذ الهبة. (عيني)

(١٤) جواب ما استثناه.

(١٥) الرهن.

(١٦) الحبس.

(١٧) المرتهنين.

(١٨) أي كاملا.

أحدهما[1] لا يسترد شيئًا من الرهن.

وفى "الجامع الصغير"[2] إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم، أو وهبها لهما جاز، ولو تصدق بها على غنيين، أو وهبها لهما لم يجز.

وقالا: يجوز للغنيين أيضًا[3] جعل كل واحد منهما مجازًا عن الآخر[4]، والصلاحية ثابتة، لأن كل واحد منهما تمليك بغير بدل.

وفرق بين الهبة والصدقة[5] فى الحكم فى "الجامع"[6]، وفى "الأصل"[7]: سوّى[8]، فقال[9]: وكذلك الصدقة[10]، لأن الشيوع مانع فى الفصلين[11] لتوقفهما[12] على القبض. ووجه الفرق[13] على هذه الرواية[14]: أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى، وهو واحد، والهبة يراد بها وجه الغنى، وهما اثنان[15]، وقيل:

---

(١٩) الراهن.

(١) المرتهنين.

(٢) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الأصل، وذلك لأن رواية "الجامع الصغير" تدل على أن الشيوع فى الصدقة لا يمنع الجواز عند الإمام كما كان يمنع عن جواز الهبة، ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة فى منع الشيوع فيهما عن الجواز لأنه سوى بينهما حيث عطف وقال: وكذلك الصدقة. (ع)

(٣) أى كما يجوز للفقيرين مطلقًا.

(٤) قوله: "جعل [أى أبو حنيفة] كل واحد منهما [أى من الهبة والصدقة] إلخ" الحاصل أن أبا حنيفة جعل الهبة مجازًا عن الصدقة إذا صادفت الفقير، والصدقة مجازًا عن الهبة إذا صادفت الغنى لوجود المجوز، إذ كل منهما تمليك الغير بغير بدل. (عينى)

(٥) قوله: "وفرق [أى محمد] بين الهبة والصدقة" حيث جوز الصدقة على الفقيرين الاثنين، ولم يجوز الهبة على الغنيين الاثنين. (مل)

(٦) الصغير.

(٧) أى المبسوط.

(٨) بين الصدقة والهبة.

(٩) عقيب مسألة الهبة.

(١٠) قوله: "وكذلك الصدقة [أى لا يجوز الصدقة على رجلين عنده، كما لا يجوز الهبة]" وهذا يدل على أن التصدق على اثنين فيما يحتمل القسمة باطل عند أبى حنيفة كالهبة لتوقفهما على القبض، فوجب أن يستويا فى هذا أيضًا إذ المفسد واحد وهو الشيوع. (ك)

(١١) أى الصدقة و الهبة.

(١٢) أى الهبة والصدقة.

(١٣) قوله: "ووجه الفرق" أى بين الهبة من اثنين حيث لا يجوز عند أبى حنيفة، وبين الصدقة على اثنين حيث يجوز. (عينى)

(١٤) أى رواية "الجامع الصغير".

هذا[1] هو الصحيح، والمراد بالمذكور في "الأصل"[2] الصدقة على غنيين[3].

ولو وهب لرجلين داراً[4]، لأحدهما ثلثاها[5]، وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يجوز، ولو قال[6]: لأحدهما نصفها، وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان، فأبو حنيفة مر على أصله، وكذا محمد[7]، والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض[8] يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض، فيتحقق الشيوع، ولهذا[9] لا يجوز إذا رهن من رجلين، ونصّ على الأبعاض[10].

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح[11]

قال: وإذا[12] وهب هبة[13] لأجنبي[14] فله الرجوع فيها[15]، و قال الشافعي: لا

---

(١٥) لأن فرض المسألة في اثنين.

(١) أي المذكور في "الجامع الصغير" من جواز الصدقة على الفقيرين.

(٢) المبسوط.

(٣) فهو لا يجوز لأنه مجاز عن الهبة.

(٤) قوله: "ولو وهب لرجلين إلخ" اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتدائياً من غير سابقة الإجمال، بأن قال: وهبت لهذا نصف الدار، ولهذا نصفه، أو يكون بعد الإجمال، فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين، أو بالتساوي كالنصف.
وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقاً، أي سواء كان متفاضلا، أو متساوياً، وجاز عند محمد رحمه الله مطلقاً، وفرق أبو يوسف رحمه الله بين المفاضلة والمساواة، ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية. (نت)

(٥) هذا تفصيل بعد الإجمال.

(٦) قوله: "ولو قال إلخ" معطوف على ما في آخر المسألة الأولى من التفصيل الوقع بعد الإجمال، فيكون الفرق بين المسألتين بوقوع التفصيل بعد الإجمال في الأول بطريق المفاضلة، وفي الأخرى بطريق المساواة. (نت)

(٧) قوله: "وكذا محمد رحمه الله" أي وكذا محمد رحمه الله مر على أصله، لأن هذه هبة واحد من رجلين نص على التفاضل أو التساوي، وهو يجوز عند محمد رحمه الله، ولا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله. (مل)

(٨) قوله: "بالتنصيص إلخ" هذا دليل على صورة التفصيل بالتفصيل وعلى صورة التساوي على رواية عدم الجواز، وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله، وهو أصل محمد رحمه الله تعالى، فليست بمحتاجة إلى الدليل. (ب)

(٩) قوله: "ولهذا" توضيح لدلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن. (مل)

(١٠) قوله: "ونص على الأبعاض" بأن قال: رهنتكما هذ الشيء على أن يكون النصف رهناً عند هذا، والنصف الآخر عند هذا كان هذا فاسداً، لأن بالتفصيل يتفرق العقد، فكذا ههنا. (عيني)

(١١) قوله: "باب" قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب ملكاً غير لازم، فكان الرجوع صحيحاً، وقد يمنع من ذلك ما نع، فيحتاج إلى ذكر ذلك، وهذا الباب لبيانه. (ع)

(١٢) هذا مع ما بعده كله من مختصر القدوري.

(١٣) قوله: "هبة" المراد بالهبة الموهوب، لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان لا في حق الأقوال. (نهاية)

رجوع فيها؛ لقوله عليه السلام[١]: «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده»*، ولأن الرجوع يضاد التمليك، والعقد لا يقتضي ما يضاده، بخلاف[٢] هبة الوالد لولده على أصله[٣]؛ لأنه لم يتم التمليك[٤] لكونه جزءاً له. ولنا: قوله: عليه السلام[٥]: «الواهب أحق بهبته[٦] ما لم يثب[٧] منها»**، أي لم يعوض، ولأن المقصود بالعقد[٨] هو التعويض[٩] للعادة[١٠]، فثبت ولاية الفسخ عند فواته[١١]، إذ العقد يقبله[١٢]، والمراد بما روى[١٣] نفي استبداد الرجوع[١٤]، وإثباته للوالد، فإنه[١٥] يتملكه[١٦] للحاجة، وذلك[١٧] يسمّى رجوعاً[١٨]، وقوله[١٩]

---

(١٤) قوله: "لأجنبي" المراد بالأجنبي من لم يكن ذا رحم محرم منه، فخرج منه من كان ذا رحم، ولم يكن محرمًا لبني الأعمام والأخوال، ومن كان محرما، وليس بذي رحم كالأخ الرضاعي. (عناية)

(١٥) قوله: "فله الرجوع فيها" أي بالتراضي، أو بقضاء القاضي إذا لم يقترن بها ما يمنع الرجوع، وذكر الأحكام بعده أغنى عن ذكر القيود. (كفاية)

(١) أخرجه النسائي وابن ماجة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٤، والدراية ج٢، الحديث٨٥٦ ص١٨٤. (نعيم)

(٢) جواب عما يقال: من أن هذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد.

(٣) قوله: "على أصله" أي على أصل الشافعي، فإن من أصله أن للأب حق في مال ابنه، لأنه جزءه أو كسبه، فالتمليك من نفسه من وجه. (عناية)

(٤) من جانب الواهب الوالد.

(٥) أخرجه ابن ماجة عن أبي هريرة.

(٦) قوله: "الواهب أحق [أي إذا ادعى] إلخ" لا يقال: إن المراد منه ما قبل التسليم، فلا يكون حجة، لأنا نقول: لا يصح ذلك لأنه أطلق اسم الهبة على الكمال، وذا لا يكون قبل القبض، والتسليم، ولأنه عليه السلام جعله أحق لها، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيه حق، وذلك إنما يكون بعد القبض، ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله: ما لم يثبت منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله. (ك)

(٧) من الإثابة وهو التعوّض، أثابه الله: پاداش دهد او را. (من)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٥، والدراية ج٢، الحديث٨٥٧ ص١٨٤. (نعيم)

(٨) وفي نسخة: بالهبة، أي بعقد الهبة.

(٩) عوضاً ماليًا، أو الخدمة من الموهوب له.

(١٠) غالبًا.

(١١) قوله: "فثبت ولاية الفسخ إلخ" فكان له الرجوع إذا لم يحصل مقصوده كالمشتري إذا وجد المبيع معيبا يرجع بالثمن لفوات مقصوده، وهو وصف السلامة في المبيع. (تبيين)

(١٢) الفسخ.

(١٣) قوله: "بما روى" أراد به الحديث الذي احتج به الشافعي. (عيني)

(١٤) قوله: "نفي استبداد [أي استقلال] إلخ" أي عدم استقلال الواهب بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء، إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك، فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته بلا قضاء، ولا رضاء. (عيني)

في الكتاب[١]: فله الرجوع لبيان الحكم، أما الكراهة[٢] فلازمة لقوله عليه السلام: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»*، وهذا لاستقباحه[٣]، ثم للرجوع موانع[٤] ذكر[٥] بعضها.

فقال[٦]: إلا أن يعوّضه[٧] عنها[٨] لحصول المقصود، أو يزيد زيادة متصلة[٩]؛ لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها[١٠] دون الزيادة لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة لعدم دخولها[١١] تحت العقد.

قال: أو يموت أحد المتعاقدين؛ لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة، فصار كما إذا انتقل[١٢] في حال حياته[١٣]، وإذا مات الواهب، ووارثه أجنبي عن

(١٥) الوالد.

(١٦) مال الولد.

(١٧) أي التملك عند الحاجة.

(١٨) قوله: "يسمى رجوعًا" أي باعتبار الظاهر، وإن لم يكن رجوعًا في الحكم. (ع)

(١٩) أي قول القدوري.

(١) أي مختصره. (عيني)

(٢) في الرجوع.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٦، والدراية ج٢، الحديث٨٥٨ ص١٨٤. (نعيم)

(٣) قوله: "وهذا [التشبيه] لاستقباحه [لا لتحريمه]" أي هذا التشبيه في معنى الاستقباح، والاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي، ألا ترى أنه قال: في رواية كالكلب يقيء، ثم يعود في قيئه، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة، وبه نقول أنه مستقبح. (ك)

(٤) قوله: "موانع" منها هلاك الموهوب، ومنها المحرمية بالرحم. (مل)

(٥) القدوري.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) أي الموهوب له الواهب.

(٨) أي عن الهبة.

(٩) قوله: "أو يزيد زيادة [كالغرس والبناء] إلخ" المراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في القيمة. (مل)

قوله: "زيادة متصلة" ولو كانت الزيادة منفصلة بأن كانت الهبة أمة، فولدت عند الموهوب له من زوج، أو فجور، فللواهب أن يرجع فيها دون الولد، لأن الرجوع في الأصل دون الزيادة ممكن، وإن كانت الزيادة من سعر فله أن يرجع لأن زيادة السعر ليست بزيادة في عين الموهوب، وإنما هي زيادة رغبة الناس فيه، والعين بحالها كما كانت، فلا يمنع الرجوع. (كفاية)

(١٠) أي في الموهوبة.

(١١) الزيادة.

(١٢) الملك.

العقد إذ هو ما أوجبه[(١)]، أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له؛ لأنه[(٢)] حصل بتسليطه[(٣)]، فلا ينقضه[(٤)]، ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه[(٥)].

قال[(٦)]: فإن وهب لآخر أرضًا بيضاء[(٧)] فأنبت في ناحية منها نخلا، أو بنى بيتًا، أو دكانًا، أو آريًا[(٨)]، وكان ذلك زيادة[(٩)] فيها[(١٠)]، فليس له أن يرجع في شيء منها[(١١)]؛ لأن هذه زيادة متصلة، وقوله: وكان ذلك زيادة فيها إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيرًا حقيرًا لا يعد زيادة أصلا، وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها[(١٢)]، فلا يمتنع الرجوع في غيرها[(١٣)].

قال: فإن باع نصفها[(١٤)] غير مقسوم[(١٥)] رجع في الباقي؛ لأن الامتناع بقدر

---

(١٣) فلا رجوع.

(١) قوله: "إذ هو [الوارث الواهب] ما أوجبه [أي العقد]" أي ما أوجب الملك للموهوب له، فلا يكون له حق الرجوع بالنص، لأنه أوجب الرجوع للواهب، وهو ليس بواهب. (عيني)

(٢) أي لأن خروج الهبة عن تلك الموهوب له.

(٣) الواهب.

(٤) قوله: "فلا ينقضه" أي الواهب لأن سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود. (مل)

(٥) قوله: "ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه، وهو التمليك، وتبدل الملك كتبدل العين، وفي تبدل العين لم يكن الرجوع، فكذا في تبدل السبب. (ع)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير"، كذا في "نتائج الأفكار".

(٧) أي خالية منكشوفة عن الشواغل.

(٨) قوله: "أو آريًا" آرى –بالتشديد ويخفف– وآرية بالتاء آخيه كه چار پايه را بآن بندند، وبمعنى معلف كه در كتب فقه آمده مجاز ست، آخيه بالتخفيف چوني كج يارسني يا دوالي باشد كه هر دو طرف آن در ديوار يا در كوه يا در زمين نبك فرو برده شود وميان هو دو حلقه مانندى بيرن باشد، وچهار پايه ابدان ببندند. (منتهى الأرب)
أو آريا –بفتح الهمزة وكسر الراء وتشديد الياء–: وهو المعلف عند العامة، وهو مراد الفقهاء. (عيني)

(٩) قوله: "وكان ذلك زيادة" الزيادة في الأرض قد لا تعد زيادة، وقد تكون زيادة في الكل، بأن ازدادت بها قيمة الكل، وقد تعد زيادة في قطعة منها، أما إذا بنى دكانًا يعد ذلك زيادة في الدار، لأن الزيادة في جانب الدار توجب زيادة في كل الدار، فإنه يزداد بها قيمة كل الدار، كما إذا كان في إحدى عيني الجارية بياض، فزال البياض، فالزيادة في عينها تكون زيادة في كل الجارية، وإن كانت في موضع خاص، كذا هذا. (ك)

(١٠) الأرض.

(١١) ثم الموهوب له إن هدم الزيادة وقلع الشجر، وعادت كما كان للواهب أن يرجع لزوال المانع. (ك)

(١٢) الأرض.

(١٣) أي غير القطعة التي فيها الزيادة.

(١٤) أي أرض موهوبة.

(١٥) قوله: "غير مقسوم" أقول وجه هذا التقييد إرادة إثبات الحكم في المقسوم بالطريق الأولى، فإنه لما صح الرجوع في الباقي فيما إذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما إذا باع نصفها مقسومًا أولى كما لا

المانع، وإن لم يبع شيئًا منها[١] له أن يرجع في نصفها[٢]؛ لأن له أن يرجع في كلها، فكذا في نصفها بالطريق الأولى، وإن وهب هبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها؛ لقوله عليه السلام[٣]: «إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها»*، ولأن المقصود[٤] صلة الرحم، وقد حصل[٥].

وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر؛ لأن المقصود فيها الصلة كما فى القرابة[٦]، وإنما ينظر إلى هذه المقصود وقت العقد، حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها[٧]، ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع[٨].

قال[٩]: وإذا قال الموهوب له للواهب: خذ هذا عوضًا عن هبتك[١٠]، أو بدلا عنها، أو فى مقابلتها، فقبضه الواهب سقط الرجوع؛ لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معني واحدًا.

وإن عوّضه أجنبى عن الموهوب له متبرعًا[١١]، فقبض الواهب العوض بطل الرجوع؛ لأن العوض لإسقاط الحق، فيصح من الأجنبى كبدل الخلع والصلح[١٢].

يخفى. (نتائج الأفكار)

(١) أرض موهوبة.

(٢) ويترك النصف.

(٣) رواه البيهقى والدارقطنى فى "سننهما"، والحاكم فى "المستدرك". (على قارى شارح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٦، والدراية ج٢، الحديث٨٥٩ ص١٨٤. (نعيم)

(٤) من هذه الهبة.

(٥) وكل عقد أفاد المقصود لزم.

(٦) قوله: "كما فى القرابة" يعني أن ما بينهما من ربط أحد الزوجين بالآخر نظيرًا لقرابة، بدليل التوارث من الجانبين من غير حجب وعدم قبول الشهادة. (عينى)

(٧) قوله: "فله الرجوع فيها" لوقوع الهبة للأجنبية، وكان مقصوده العوض ولم يحصل. (عينى)

(٨) لأنها وقت الهبة زوجته. (عينى)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) قوله: "خذ هذا عوضًا إلخ" وصورة التعويض أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض هبته بأن يقول الموهوب له هذا عوض هبتك، أو جزاء هبتك، أو ثواب هبتك، أو بدل هبتك، أما إذا وهب من الواهب شيئًا، ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته كان لكل واحد منهما أن يرجع في هبته.

وفى "المبسوط": وسواء كان العوض شيئًا قليلا أو كثيرًا من جنس الهبة أو من غير جنسها، لأن هذه ليست بمعاوضة محضة، فلا يتحقق فيها الربا، وإنما تأثير العوض فى قطع الحق فى الرجوع لتحصل المقصود، ويشترط شرائط الهبة فى العوض من القبض والإفراز لأنه تبرع. (ك)

(١١) قوله: "متبرعًا" من الحكم فى التبرع ليثبت الحكم فيما إذا عوضه بأمر الموهوب له بالطريق الأولى لأن ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه. (ك)

وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض؛ لأنه لم يسلم له[١] ما يقابل نصفه[٢]، وإن استحق نصف العوض لم يرجع[٣] في الهبة إلا أن يرد ما بقي[٤] ثم يرجع، وقال زفر: يرجع بالنصف[٥] اعتباراً بالعوض الآخر.

ولنا أنه يصلح عوضاً[٦] للكل في الابتداء، وبالاستحقاق[٧] ظهر أنه لا عوض[٨] إلا هو[٩]، إلا أنه يتخير[١٠] لأنه[١١] ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض، فلم يسلم له[١٢]، فله أن يرده[١٣].

قال: وإن وهب داراً فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض؛ لأن المانع خص النصف، قال[١٤]: ولا يصح الرجوع[١٥] إلا بتراضيهما[١٦]، أو بحكم الحاكم[١٧]؛ لأنه[١٨] مختلف بين العلماء[١٩]، وفي أصله وهاء[٢٠]، وفي

---

(١٢) أي من الأجنبي يكون على الأجنبي.

(١) أي للموهوب له.

(٢) أي نصف العوض.

(٣) الواهب.

(٤) من العوض.

(٥) قوله: "يرجع [أي الواهب] بالنصف" أي بنصف الموهوب اعتباراً بالعوض الآخر وهو الموهوب فإنه لو استحق نصفه يرجع بنصف العوض، لأن كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر، كما في بيع العرض بالعرض، فإنه إذا استحق نصف أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله. (ك)

(٦) قوله: "أنه [أي الباقي من العوض] يصلح عوضاً إلخ" وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصح أن يكون عوضاً عنه في البقاء، لأن البقاء أسهل من الابتداء. (ع)

(٧) أي باستحقاق نصف العوض.

(٨) قوله: "ظهر أنه لا عوض إلخ" عورض بأن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض، فإذا كان الكل في الابتداء عوضاً عن الكل كان النصف في مقابلة النصف، فكأنه عوض من النصف ابتداء.
وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقا للمبادلة، والمقابلة، وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من الهبة. (ع)

(٩) أي الباقي.

(١٠) قوله: "إلا أنه [أي أن الوهب] يتخير" أن بين أن يرد ما بقي من العوض، ويرجع في الهبة وبين أن يمسكه، ولا يرجع بشيء. (ع)

(١١) الواهب.

(١٢) أي للواهب.

(١٣) أي ما بقي من العوض.

(١٤) أي القدوري. (عيني)

(١٥) في الهبة.

(١٦) أي الواهب والموهوب له.

حصول المقصود وعدمه خفاء[١]، فلا بد من الفصل[٢] بالرضا، أو بالقضاء، حتى لو كانت الهبة عبداً[٣] فأعتقه[٤] قبل القضاء نفذ[٥]، ولو منعه[٦] فهلك لا يضمن لقيام ملكه[٧] فيه[٨].

وكذا[٩] إذا هلك[١٠] في يده[١١] بعد القضاء[١٢] لأن أول القبض غير مضمون[١٣]، وهذا دوام عليه[١٤]، إلا أن يمنعه[١٥] بعد طلبه، لأنه[١٦] تعد وإذا رجع بالقضاء، أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل[١٧] حتى لا يشترط[١٨] قبض

---

(١٧) قوله: "أو بحكم الحاكم" أراد أن الواهب يرفع أمره إلى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد إليه، حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضاء كان غاصباً، فلو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له. (عيني)

(١٨) الرجوع.

(١٩) كما مر منا ومن الشافعي.

(٢٠) قوله: "وفي أصله [أي الرجوع] وهاء" أي في أصل الرجوع ضعف لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك غيره. (ع)

قوله: "وهاء" في "المغرب": الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي مصدر، وهي الحبل يهي وهياً إذا ضعف. (ك)

(١) قوله: "خفاء" لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل، وإن كان العوض، فلم يحصل، فإذا تردد لا بد من الفصل. (ع)

(٢) قوله: "فلا بد من الفصل" لأن الرجوع فسخ العقد، فلا يصح إلا ممن له ولاية عامة، وهو القاضي، أو منهما ولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض. (ك)

(٣) الموهوب له.

(٤) بعد طلب الرجوع.

(٥) عتقه.

(٦) أي لو منع الموهوب له الموهوب من الواهب.

(٧) أي ملك الموهوب له.

(٨) أي في الموهوب.

(٩) أي لا يضمن الموهوب له.

(١٠) أي الموهوب.

(١١) أي في يد الموهوب له قبل طلب المدعي.

(١٢) بالرجوع.

(١٣) فلا ينقلب مضموناً بعد الاستمرار عليه. (تبيين)

(١٤) قوله: "وهذا دوام عليه" أي المتحقق بعد القضاء دوام على القبض الذي لم ينعقد سبباً للضمان. (عيني)

(١٥) قوله: "إلا أن يمنعه" أي يمنع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد طلبه عند القضاء بالرجوع. (مل)

(١٦) المنع.

(١٧) قوله: "يكون فسخاً إلخ" وخالف زفر في الرجوع بالتراضي، وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما. (ع)

الواهب، ويصح في الشائع[١]، لأن العقد وقع جائزًا موجبًا حق الفسخ من الأصل، فكان بالفسخ مستوفيًا حقًا ثابتًا له، فيظهر[٢] على الإطلاق[٣]، بخلاف الرد[٤] بالعيب بعد القبض[٥]، لأن الحق هناك[٦] في وصف السلامة[٧]، لا في الفسخ[٨]، فافترقا[٩].

قال[١٠]: وإذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق، وضمّن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء؛ لأنه[١١] عقد تبرع، فلا يستحق فيه السلامة[١٢]، وهو غير عامل له[١٣]، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع[١٤]، لا في ضمن غيره[١٥].

---

(١٨) قوله: "حتى لا يشترط إلخ" يعني بعد الرجوع، فلو كان كالهبة المبتدأة مثل ما قال زفر شرط القبض. (عيني)

(١) قوله: "ويصح [الرجوع] في الشائع" بأن رجع عن نصفه، ولو كان كالهبة المبتدأة لما صح الرجوع بالنصف بالشيوع. (مل)

(٢) أي الفسخ. (ك)

(٣) أي حالتي القضاء والرضاء في الشائع وغيره. (ك)

(٤) قوله: "الرد" فإنه فسخ لو كان بالقضاء، وعقد جديد لو كان بالرضاء.

(٥) قوله: "بعد القبض [أي بعد قبض المشتري. ك]" إنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل، سواء كان بالقضاء أو بالرضاء. (عيني)

(٦) قوله: "لأن الحق إلخ" يعني أن في فصل الرجوع في الهبة هما يفعلان عين ما يفعله القاضي، فيكون فسخًا، وفي الرد بالعيب القاضي يلزم على الخصم، أولا تسليم وصف السلامة، فإذا عجز البائع عن ذلك يفسخ البيع فهما لم يفعلا مثل فعل القاضي، فلهذا لم يصر فسخا، بل يكون بمنزلة البيع ابتداء. (ك)

(٧) قوله: "في وصف السلامة" حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه. (ع)

(٨) قوله: "لا في الفسخ" لأن العيب لا يمنع تمام العقد، فإذا كان العقد ثابتًا لم يقتض الفسخ، فإذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء العقد بينهما. (عيني)

(٩) قوله: "فافترقا" أي الرجوع في الهبة بالتراضي، والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي. (عيني)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) الهبة.

(١٢) قوله: "فلا يستحق إلخ" لأن لم يلزم السلامة لا صريحًا ولا دلالة، أما صريحًا فظاهر، وأما دلالة فلأن دلالة الالتزام في المعاوضة سلامة البدل له، وهذا المعنى معدوم ههنا. (ك)

(١٣) قوله: "وهو غير عامل له" احتراز عن المودع إذا هلكت الوديعة في يده، واستحقها مستحق، وضمنه، فإنه يرجع على المودع لأن المودع عامل للمودع في الحفظ. (ك)

(١٤) قوله: "والغرور إلخ" جواب سؤال مقدر تقريره أن يقال: إنه غره بإيجاب الملك له في المحل، وإخباره بأنه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري. (عيني)

(١٥) قوله: "سبب إلخ" كما في ولد المغرور، فإنه يرجع بقيمة الولد على البائع، وإن لم يوجد المعاوضة في الولد، ولم يعمل للبائع ولكنه مغرور في ضمن المعاوضة، فيصلح سببا للضمان، لأن المعاوضة عقد ضمان فما كان في ضمنه

قال[١] : وإذا وهب بشرط العوض[٢] اعتبر التقابض في المجلس[٣] في العوضين[٤]، ويبطل بالشيوع ؛ لأنه هبة ابتداء[٥]، فإن تقابضا صح العقد، وصار في حكم البيع يرد بالعيب، وخيار الرؤية، ويستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء .

وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء، لأن فيه معنى البيع، وهو التمليك بعوض، والعبرة في العقود للمعاني[٦]، ولهذا[٧] كان بيع العبد من نفسه[٨] إعتاقًا .

ولنا : أنه اشتمل على جهتين[٩]، فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين[١٠]، وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض[١١]، وقد يتراخى عن البيع الفاسد[١٢]، والبيع من حكمه اللزوم، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض[١٣]، فجمعنا بينهما[١٤] .

بخلاف[١٥] بيع نفس العبد منه، لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه، إذ هو لا يصلح مالكًا لنفسه[١٦] .

جاز أن يكون سببًا للضمان، لأن المتضمن له حكم المتضمن، ولا كذلك ههنا فإن الغرور ليس في ضمن عقد المعاوضة. (ك)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) مثل أن يقول: وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذ العبد.

(٣) قوله: "اعتبر التقابض إلخ" ذكر الإمام المحبوبي في "الجامع الصغير" هذا الذي ذكره فيما إذا ذكره بكلمة على، وأما لو ذكره بحرف الباء بأن قال: وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا، أو بألف درهم، وقبله الآخر يكون بيعًا ابتداء وانتهاء بالإجماع. (ك)

(٤) ولو لم يوجد التقابض لا يثبت الملك لواحد منهما. (ع)

(٥) قوله: "ابتداء إلخ" فإن قيل: لم لم يعكس الأمر، قلنا: لأن انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم، وأنه بعد تمام العقد، فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لأن العقد به ينعقد، وعند التمام اعتبرنا المقصود، كذا في "المبسوط". (ك)

(٦) قوله: "للمعاني" ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة. (ك)

(٧) أي لكون العبرة في العقود للمعاني.

(٨) أي بيع المولى عبده من ذلك العبد.

(٩) جهة الهبة لفظًا، وجهة البيع معنى. (ع)

(١٠) لأن أعمال الشبهين لو يوجد أولى من إهمال أحدهما. (ع)

(١١) قوله: "لأن الهبة إلخ" حاصله أنه لا تنافي بين البيع والهبة لوجود المناسبة كما بين، وإذا انتفى المنافاة، أمكن الجمع. (مل)

(١٢) إشارة إلى أنه قد يوجد تراخي الملك إلى القبض في البيع أيضًا.

(١٣) أي إذا قبض العوض.

(١٤) أي بين الهبة والبيع.

(١٥) جواب عما قاله زفر والشافعي رحمهما الله تعالى.

(١٦) لأنه لا يملك غيره مالا، فكيف يملك نفسه مالا.

فصل[١]

قال[٢]: ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة، وبطل الاستثناء؛ لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد[٣]، والهبة لا تعمل في الحمل[٤]، لكونه وصفًا[٥] على ما بيناه في البيوع، فانقلب شرطًا فاسدًا[٦]، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٧]، وهذا[٨] هو الحكم في النكاح، والخلع والصلح عن دم العمد، لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها[٩]. ولو أعتق ما في بطنها[١٠]، ثم وهبها جاز؛ لأنه لم يبقَ الجنين على ملكه[١١] فأشبه الاستثناء[١٢]، ولو دبر ما في بطنها[١٣]، ثم وهبها لم يجز[١٤]؛ لأن

---

(١) قوله: "فصل" لما كانت المسائل المذكورة في هذ الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق، وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة. (نت)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "إلا في محل إلخ" يعني كل ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناءه، لأن المستثنى يكون من جنس المستثنى منه، وحكم المستثنى منه صحة إفراده بالعقد، ولو جاز الاستثناء في شيء لا يصح العقد فيه لما كان المستثنى من جنس المستثنى منه، لأن الوصف ليس من جنس العين، فلا يتناوله صدر الكلام، فإذا لم يتناوله لا يصح الاستثناء. (حميدية)

(٤) بأن وهب حمل الجارية دونها فإنه لا يجوز، فإن ما في البطن ليس بمال، ولا يعلم وجوده حقيقةً. (ع)

(٥) قوله: "لكونه" أي لكون الحمل وصفًا لها، وتابعًا لها كأطرافها من اليد والرجل. (مل)

(٦) قوله: "فانقلب شرطًا إلخ" لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعًا لكونه جزءً منها، فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفًا لمقتضى العقد، وهو معنى الشرط الفاسد. (عيني)

(٧) قوله: "والهبة لا تبطل إلخ" لأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض، والفعل الحسي لا يبطل بالشرط الفاسد. (عيني)

(٨) قوله: "وهذا" أي صحة العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح، بأن قال: تزوجت على هذه الجارية إلا حملها بطل الاستثناء، حتى تصير الجارية مع الحمل مهرًا، والخلع، بأن جعلت الجارية الحامل بدل الخلع واستثنى الحمل يكون الجارية والحمل بدل الخلع، والصلح عن دم العمد، بأن قال: صالحتك على هذه الجارية إلا حملها. (مل)

(٩) قوله: "بخلاف البيع إلخ" بأن اشترى جارية، أو آجرها، أو رهنها إلا حملها، فإنه لا يصح. (عيني)

(١٠) الجارية.

(١١) الواهب.

(١٢) قوله: "فأشبه الاستثناء [أي استثناء الحمل حال هبة الجارية]" وجه المشابهة أن في صورة إعتاق الحمل قبل الهبة لا يبقى الحمل على ملك الواهب، وكذا في استثناء الحمل، لأن الحمل لا يبقى أيضًا على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل. (عيني)

قوله: "فأشبه الاستثناء" من حيث إن الاستثناء يبين أن المستثنى لم يكن داخلا تحت صدر الكلام، فكذلك ههنا بإعتاق الولد سابقًا بين أنه لا يكون داخلا تحت قوله: وهبت. (مل)

(١٣) الجارية.

(١٤) أي لا تصح الهبة أصلا.

الحمل بقى على ملكه، فلم يكن شبيه الاستثناء[١]، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه[٢] لمكان التدبير، فبقى هبة المشاع[٣]، أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك[٤].

فإن وهبها[٥] له على أن يردها عليه[٦]، أو على أن يعتقها، أو يتخذها أم ولد، أو هب له داراً، أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئًا[٧] منها[٨]، أو يعوضه[٩] شيئًا منها[١٠] فالهبة جائزة، والشرط باطل؛ لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد[١١]، فكانت[١٢] فاسدة، والهبة لا تبطل بها ألا ترى أن النبى عليه السلام[١٣] أجاز العمرى[١٤]، وأبطل شرط المعمر[١٥]*، بخلاف البيع[١٦]، لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط[١٧]**، ولأن الشرط الفاسد فى معنى الربا[١٨]، وهو يعمل فى

(١) قوله: "فلم يكن شبيه إلخ" بل كان فيه اختلاط الموهوب بغير الموهوب، وهو عين المشاع، فلا يجوز الهبة أصلا لا فى الأم ولا فى الجنين. (نهاية)

(٢) أى فى الحمل.

(٣) قوله: "فبقى هبة إلخ" فإن قيل: هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة، وهى جائزة، فالجواب أن عرضية الانفصال فى ثانى الحال ثابتة لا محالة، فأنزل منفصلا فى الحال، فكان المصنف لما استشعر على هذا السؤال أردفه بقوله: أو هبة شيء إلخ. (عينى)

(٤) قوله: "هو مشغول إلخ" كما إذا وهب الجوالق، وفيه طعام الواهب فإنه لا يصح. (مل)

(٥) الجارية.

(٦) الواهب.

(٧) قوله: "على أن يرد عليه [أى الواهب] إلخ" ولا يتوهم التكرار فى قوله: على أن يرد عليه شيئًا منها، أو يعوضه شيئًا منها لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً، فإن كونه عوضاً إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها. (ع)

(٨) أى من تلك الدار.

(٩) قوله: "أو يعوضه شيئًا منها" معناه أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض من كل الدار. (نت)

(١٠) أى من الدار.

(١١) قوله: "تخالف مقتضى العقد" لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقًا بلا توقيت، فإذا شرط عليه الرد أو الإعتاق، أو غير ذلك تقيد بها. (ع)

(١٢) هذه الشروط.

(١٣) قوله: "ألا ترى أن النبى إلخ" أخرجه أبو داود والنسائى عن جابر أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «من أعمر عمرى فهى له ولعقبه يرثها من يرث من عقبه». (ت)

(١٤) قوله: "أجاز العمرى" العمرى تمليك بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر له لأن معنى العمرى أن تقول: ملكتك هذه الدار ما دمت حيًا، أو عمرك، فإذا مت فهى لى. (كفاية)

(١٥) قوله: "وأبطل شرط إلخ" يعنى فى رجوعها إليه بعد موت المعمر له، وجعلها ميراثًا لورثة المعمر له. (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٧، والدراية ج٢، الحديث ٨٦٠ ص١٨٥. (نعيم)

(١٦) فإنه يبطل بالشروط الفاسد.

(١٧) رواه الطبرانى فى معجمه الوسط. (ت)

المعاوضات دون التبرعات[١].

قال[٢]: ومن كان له على آخر ألف درهم، فقال: إذا جاء غد، فهي لك، أو أنت بريء منها، أو قال: إذا أديت إلى النصف، فلك النصف، أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل[٣]؛ لأن الإبراء تمليك من وجه[٤] إسقاط من وجه[٥]، وهبة الدين ممن عليه إبراء[٦]، وهذا[٧] لأن الدين مال من وجه[٨]، ومن هذا الوجه كان تمليكًا، ووصف من وجه[٩]، ومن هذا الوجه كان إسقاطًا، ولهذا[١٠].

قلنا: إنه يرتد بالرد[١١]، ولا يتوقف على القبول[١٢]، والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة[١٣] التي يحلف بها كالطلاق والعتاق، فلا يتعداها[١٤].

قال[١٥]: والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته، ولورثته من بعده؛ لما

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٨، وانظر الدراية ج٢ تحت الحديث ٨٦٠ ص١٨٥. (نعيم)

(١٨) قوله: "في معنى الربا" لأنه لما قوبل المبيع بالثمن خلا الشرط عن العوض، وفيه منفعة لأحدهما، أو للمعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق، وذلك ليس إلا ربا. (مل)

(١) والهبة تبرع.

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) ويكون الألف عليه على حاله.

(٤) لارتداده بالرد. (ع)

(٥) لأنه لا يتوقف على القبول. (ع)

(٦) قوله: "إبراء" فإن قيل: قولهم: هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم، فإن رب الدين إذا أبرأ المديون منه، أو وهبه له توقف على قبوله.

أجيب بأن توقفه على ذلك لا من حيث إنه هبة العين بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد لفوات القبض المستحق بعقد الصرف، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه، فلهذا توقف على القبول. (ع)

(٧) أي كون الإبراء تمليكًا من وجه وإسقاطًا من وجه.

(٨) أي بالنظر إلى المآل حتى وجب فيه الزكاة. (ك)

(٩) أي بالنظر إلى الحال حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له، وله ديون على الناس.

(١٠) أي لهذين الوجهين.

(١١) قوله: "إنه [وهو آية التمليك. ك] يرتد بالرد" يفيد بإطلاقه إن عمل الرد في المجلس وغيره سواء، وهو المروى عن السلف، وقال بعضهم: ويجب أن يرده في مجلس الإبراء. (ع)

(١٢) وهي أمارة الإسقاط. (ك)

(١٣) قوله: "يختص إلخ" لأن التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز أن يحلف به لا يحتمل التعليق بالشرط، وأما الإبراء وإن كان إسقاطًا من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها، فلا يصح تعليقه بالشرط. (عيني)

(١٤) أي فلا يتعدى التعليق بالشرط الإسقاطات المحضة.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

رويناه[1]، ومعناه[2] أن يجعل داره له مدة عمره، وإذا مات ترد[3] عليه[4]، فيصح التمليك، ويبطل الشرط لما روينا[5]، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

والرقبى[6] باطلة[7] عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: جائزة[8]؛ لأن قوله: دارى لك تمليك، وقوله: رقبى شرط فاسد كالعمرى.

ولهما أنه عليه السلام أجاز العمرى، ورد الرقبى[9]*، ولأن معنى الرقبى عندهما أن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة[10] كأنه يراقب موته، وهذا تعليق التمليك بالخطر[11]، فبطل، وإذا لم تصح[12] تكون[13] عارية عندهما، لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به[14].

فصل في الصدقة[15]

قال[16]: والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض[17]؛ لأنه تبرع كالهبة، فلا تجوز

---

(١) من أنه عليه السلام أجاز العمرى وأبطل الشرط. (م)

(٢) عمرى.

(٣) الدار.

(٤) المعمر -بالكسر-.

(٥) من أنه صلى الله عليه والسلم أبطل الشرط، وهو قوله: وإذا مات ترد عليه. (م)

(٦) هو أن يقول الرجل لغيره: دارى لك رقبى. (م) سميت رقبى لأن كل واحد يرقب موت صاحبه. (عينى)

(٧) قوله: "باطلة" لا تفيد ملك الرقبة، وإنما تكون عارية عنده فيجوز للمعمر أن يرجع فيه، ويبيعه فى أى وقت شاء لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع. (عينى)

(٨) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" حاصل الإختلاف راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم على أنها من المراقبة، فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب فى الرجوع فالتمليك جائز، وانتظار الرجوع باطل كما فى العمرى. وقالا: المراقبة فى نفس التمليك، لأن معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتًا كأنه يقول: أراقب موتك وتراقب موتى، فإن مت قبلك فهى لك، وإن مت قبل فهى لى فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر، وهو موت المالك قبله، وهذا باطل. (نت)

(٩) قلت غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٨، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٦٠ ص١٨٥. (نعيم)

(١٠) قوله: "المراقبة" مراقبة يك ديگر را نگهبانى كردن وچشم داشتن. (من)

(١١) أى موت المملك قبله.

(١٢) الرقبى.

(١٣) الدار.

(١٤) جواز وإباحة.

(١٥) قوله: "فصل فى الصدقة" لما كانت الصدقة تشارك الهبة فى الشروط، وتخالفها فى الحكم ذكرها فى كتاب الهبة، وفصل لها بفصل. (عناية)

فى مشاع يحتمل القسمة؛ لما بينا في الهبة[١]، ولا رجوع في الصدقة؛ لأن المقصود هو الثواب، وقد حصل[٢]. وكذلك إذا تصدق[٣] على غنى استحسانًا[٤]، لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب[٥]، وقد حصل[٦]، وكذا[٧] إذا وهب لفقير لأن المقصود[٨] هو الثواب، وقد حصل. قال[٩]: ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة[١٠]، ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع، ويروى أنه[١١] والأول[١٢] سواء، وقد ذكرنا الفرق[١٣]، ووجه الروايتين في مسائل القضاء[١٤]. ويقال له[١٥]: أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالا، فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق، وقد ذكرناه من قبل[١٦].

---

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) أى لا يثبت الملك إلا بالقبض.

(١) قوله: "لما بينا فى الهبة [من أن الشيوع يمنع تمام القبض المشروط. ع]" أراد به قوله، ولأن فى تجويزه إلزامه شيئًا لم يلتزمه، وهو القسمة. (ك)

(٢) قوله: "وقد حصل" فصارت كهبة عوض عنها، وفيه تأمل، فإن حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب، فلا يقطع بحصوله، ويمكن أن يقال: المراد به حصول الوعد بالثواب. (ع)

(٣) قوله: "وكذلك [أى لا يرجع] إذا تصدق إلخ" أى لا رجوع فى الصدقة على الغنى أيضًا، كما لا رجوع فى الصدقة على الفقير، ومن أصحابنا من يقول: الصدقة على الغنى والهبة سواء، يعنى فيهما الرجوع.
قال: لأنه إنما يقصد به العوض دون الثواب، ألا ترى أن فى حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء فى أن المقصود الثواب، فكذلك فى حق الغنى الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود، ثم له أن يرجع فى الهبة، فكذلك فى الصدقة، ولكنا نقول فى ذكره لفظ الصدقة ما يدل على أنه لم يقصد العوض، ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المتملك. (ك)

(٤) والقياس أن يرجع لأن الصدقة فى حق الغنى هبة.

(٥) قوله: "لأنه قد يقصد إلخ" فإن من له نصاب، وله عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على قصد الثواب. (مل)

(٦) الثواب.

(٧) أى لا يرجع.

(٨) من الهبة للفقير.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) اعتباراً لإيجابه بإيجاب الله تعالى.

(١١) أى أن الملك.

(١٢) أى المال.

(١٣) بين المال والملك.

(١٤) فى مسألة مالى صدقة على المساكين.

(١٥) أى للناذر.

(١٦) فى كتاب القضاء فى باب القضاء بالمواريث.

كتاب الإجارات[١]

الإجارة عقد[٢] يرد على المنافع[٣] بعوض[٤]؛ لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع[٥]، والقياس يأبى جوازه، لأن المعقود عليه المنفعة، وهي معدومة، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح[٦] إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار، وهي قوله عليه السلام[٧]: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه»[٨]*، وقوله عليه السلام[٩]: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره[١٠]»**، وينعقد ساعة فساعة[١١] على حسب حدوث المنفعة[١٢]، والدار أقيمت مقام المنفعة[١٣] في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول[١٤]، ثم

---

(١) قوله: "كتاب الإجارات" لما فرغ من بيان أحكام تمليك الأعيان بغير عوض، وهو الهبة شرع في بيان أحكام تمليك المنافع بعوض، وهو الإجارة، وقدم الأولى على الثانية؛ لأن الأعيان مقدمة على المنافع، ولأن في الأولى عدم العوض، والعدم مقدم على الموجود. ثم لعقد الإجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث إنهما يقعان لازمين، فلذلك أورد كتاب الإجارات متصلة بفصل الصدقة، وإنما جمعها إشارة إلى أن لها أنواعاً مختلفة، نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة، كاستئجار الدور للسكنى، ونوع تصير المنفعة معلومة فيه بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطة، ونوع تصير المنفعة معلومة فيه بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لنقل هذا الطعام إلى موضع معلوم. (نت)

قوله: "الإجارات" سببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها، وركنها الإيجاب والقبول بلفظي الماضي. (ع)

(٢) أي عقد تمليك.

(٣) احترز به عن بيع الأعيان. (ك)

(٤) احترز به عن العارية. (ك)

(٥) قوله: "بيع المنافع" فيه نظر، لأن المذكور في كتب اللغة إنما هو أن الإجارة اسم للأجرة لا أمر آخر، وإنما الذي هو بيع المنافع الإيجار، ثم إن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الإجارة في الشرع عقداً على المنافع بعوض، ولكن طوى الصغرى، فكأنه قال: لأن معنى الإجارة في الشرع هو معناها في اللغة، ومعناها في اللغة بيع المنافع. (نت)

(٦) قوله: "لا يصح" لأن المعدوم ليس بمحل العقد لأنه ليس بشيء، فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه، ولا يمكن جعل العقد مضافاً إلى زمان الوجود، لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع. (ك)

(٧) أخرجه ابن ماجة في "سننه" في كتاب الأحكام عن ابن عمر. (ت)

(٨) فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٦١ ص١٨٦. (نعيم)

(٩) رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار". (ت)

(١٠) وفيه زيادة بيان أن معلومية الأجر شرط جوازها. (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٣١، والدراية ج٢، الحديث ٨٦٢ ص١٨٦. (نعيم)

(١١) قوله: "وينعقد ساعة فساعة إلخ" المراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع، هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لأن ارتباط الإيجاب والقبول كل ساعة. (نت)

(١٢) التي هي المعقود عليه.

(١٣) لأن جعل السبب مقام المسبب أمر شائع في الشرع. (ك)

عمله[١] يظهر في حق المنفعة تملكًا، واستحقاقًا حال وجود المنفعة[٢].

ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة، والأجرة معلومة لما روينا[٣]، ولأن الجهالة فى المعقود عليه[٤]، وفي بدله[٥] تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن، والمثمن في البيع، وما جاز أن يكون ثمنًا[٦] فى البيع[٧] جاز أن يكون أجرة فى الإجارة[٨]؛ لأن الأجرة ثمن المنفعة، فيعتبر بثمن المبيع.

وما لا يصلح ثمنًا يصلح أجرة أيضًا[٩] كالأعيان[١٠]، فهذا اللفظ[١١] لا ينفي صلاحية غيره، لأنه عوض مالي[١٢]، والمنافع[١٣] تارة تصير معلومة بالمدة، كاستئجار الدور للسكنى، والأرضين للزراعة، فيصح العقد على مدة معلومة، أيّ مدة كانت؛ لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلومًا إذا كانت المنفعة لا تتفاوت[١٤].

---

(١٤) قوله: "ليرتبط الإيجاب بالقبول" لأنهما بدون الإضافة إلى المحل لا يرتبطان، فأقيم الدار مقام المحل ليتحقق الارتباط. (أعظمي)

(١) العقد.

(٢) قوله: "تملكًا واستحقاقًا حال وجود المنفعة" يعني يثبتان معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين، فإن الملك في المبيع يثبت في الحال، ويتأخر الاستحقاق إلى زمان نقد الثمن. (ع)

(٣) قوله: "لما روينا" من قوله عليه الصلاة والسلام: «من استأجر أجيراً فليعلم أجره»، فإنه كما يدل بعبارته على كون معلومية الأجرة شرطًا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع، لأن المعقود عليه في الإجارة هو المنافع، وهو الأصل، والمعقود به وهو الأجرة كالتبع والثمن، فإذا كانت معلومية التبع شرطًا كان معلومية الأصل أولى بذلك. (ع)

(٤) المنافع.

(٥) الأجرة.

(٦) المراد بالثمن ههنا ما يجب في الذمة. (نت)

(٧) كالنقود والمكيلات والموزونات.

(٨) من ابتداء الباب إلى ههنا لفظ القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "وما لا يصلح ثمنًا إلخ" كالمنفعة فإنها لا تصلح ثمنًا، وتصلح أجرة إذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار السكنى للزراعة بزراعة الأرض، وإن اتحد جنسها لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى، وكاستئجار الأرض للزراعة بزراعة أرض أخرى، لأن المنافع معدومة، فيكون بيعًا بالنسيئة على ما قالوا، فلا يجوز ذلك. (تبيين)

(١٠) قوله: "كالأعيان [نحو العبد والثياب]" أي التي هي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلا إذا كانت معينة صلح أن تكون أجرة، كما إذا استأجر دارًا بثوب معين، وإن كان لا تصلح ثمنًا. (ع)

(١١) أي قوله: ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع إلخ.

(١٢) قوله: "لأنه عوض مالي" أي لأن الأجرة عوض مالي، فيعتمد وجود المال، والأعيان مال، فصح أن تكون أجرة. (نتائج الأفكار)

(١٣) هذا لفظ القدوري.

(١٤) قوله: "إذا كانت المنفعة لا تتفاوت" هذا احتراز عن استئجار الأرض للزراعة إلى مدة معلومة حيث لا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها، لأن ما يزرع فيها متفاوت على ما يجيء بيانه في الكتاب. (ك)

وقوله[١] : أيّ مدة كانت إشارة إلى أنه[٢] يجوز طالت المدة أو قصرت[٣]، لكونها معلومة، ولتحقق الحاجة إليها[٤] عسى[٥] إلا[٦] أن في الأوقاف لا يجوز الإجارة الطويلة[٧]، كيلا يدعى المستأجر ملكها[٨]، وهي[٩] ما زاد على ثلاث سنين، وهو المختار[١٠].

قال[١١] : وتارة تصير[١٢] معلومة بنفسه[١٣]، كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه، أو خياطة، أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً، أو يركبها مسافة سماها؛ لأنه إذا بين الثوب[١٤] ولون الصبغ[١٥]، وقدره[١٦]، وجنس الخياطة[١٧]، والقدر

---

(١) أي قول القدوري. (عيني)

(٢) أي أن الإجارة.

(٣) قوله: "طالت المدة أو قصرت" إذا كانت بحيث يعيش إليها المتعاقدان، وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها المتعاقدان فمنعه بعضهم، لأن الظاهر في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة، والظاهر مثل اليقين في حق الأحكام، فصارت الإجارة مؤبدة معنى، والتأبيد يبطلها.
وجوزه آخرون، ومنهم الخصاف، لأن العبرة في هذ الباب بصيغة كلام العاقدين، فإنه يقتضي التوقيت، ولا معتبر بموت العاقدين، أو أحدهما قبل انقضاء المدة، لأنه قد يتحقق في مدة يعيش إليها الإنسان غالبًا، ولم يعتبر. (عناية)

(٤) أي إلى المدة الطويلة.

(٥) قوله: "عسى" كلمة عسى ههنا وقع مجردا عن الاسم والخبر تقديره عسى الاحتياج إلى المدة الطويلة يقع، وأهل العربية يأبون ذلك. (عيني)

(٦) يجوز أن يكون استثناء من قوله: أيّ مدة كانت. (عناية)

(٧) قوله: "لا يجوز الإجارة الطويلة [من متولي الوقف] إلخ" هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤاجر أكثر من سنة، وأما إذا شرط فليس للمتولي أن يزيد على ذلك إن كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها. (عناية)

(٨) أي ملك العين المستأجرة.

(٩) أي الإجارة الطويلة في الأوقاف.

(١٠) قوله: "وهو المختار [للفتوى. ك]" أي المختار في المذهب أن لا يزيد على ثلاث سنين، وهو اختيار مشايخ بلخ، وقال غيرهم: يجوز، وفي شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز الإجارة على الأوقاف أن يعقد عقداً متفرقة على الأوقاف كل عقد على سنة، فيكتب استأجر فلان بن فلان، كذا بثلاثين عقوداً كل عقد على سنة، فيكون العقد الأول لازمًا، والثاني غير لازم، لأنه مضاف، كذا في "الذخيرة". (ك)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) المنافع.

(١٣) قوله: "بنفسه" أي بنفس عقد الإجارة، وفي بعض نسخ المختصر: وتارة تصير معلومة بالتسمية، أقول: لعل الصواب هذه النسخة، لأن المنافع لا تصير معلومة في هذ النوع بنفس العقد فقط، بل إنما تصير معلومة بتسميته أمورا كبيان الثوب، وألوان الصبغ على ما أشار إليه المصنف بقوله: لأنه إذا بين إلخ. (نت)

(١٤) قوله: "إذا بين الثوب" أي بأنه من القطن، أو الإبريسم، أو الصوف، أو الكتان، لأن في الأثواب تفاوتا في قبول الصبغ كثرة وقلة. (مل)

المحمول[١]، وجنسه[٢]، والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد[٣]، وربما يقال: الإجارة قد يكون[٤] عقدًا على العمل كاستئجار القصّار[٥] والخيّاط، ولا بد أن يكون العمل معلومًا[٦]، وذلك[٧] في الأجير المشترك، وقد يكون عقدًا على المنفعة[٨]، كما في أجير الوحد[٩]، ولا بد من بيان الوقت.

قال[١٠]: وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين، والإشارة كمن استأجر رجلا بأن ينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم؛ لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذى يحمل إليه كانت المنفعة معلومة، فيصح العقد[١١].

باب الأجر متى يستحق[١٢]

قال[١٣]: الأجرة لا تجب بالعقد[١٤]، وتستحق[١٥] بإحدى معانى ثلاثة، إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط، أو باستيفاء المعقود عليه.

---

(١٥) بأنه أحمر أو أصفر ونحوهما.

(١٦) بأن يلقيه فى جب الصبغ مرة أو مرتين.

(١٧) بأنها فارسية أو رومية.

(١) على الدابة بأنه قنطاران.

(٢) أى جنس المحمول بأنه حنطة أو شعير.

(٣) لارتفاع الجهالة المفضية إلى المنازعة.

(٤) أى فى تقسيم الإجارة.

(٥) قصار كشداد گاذر. (من)

(٦) كالخياطة الفارسية أو الرومية.

(٧) أى كون العقد على العمل.

(٨) كاستئجار الرجل يومًا أو شهرًا للعمل.

(٩) قوله: "كما فى أجير الوحد" وفى بعض النسخ: الأجير الواحد، والأصح الأول، فى "المغرب": أجير الوحد على الإضافة بخلاف الأجير المشترك من الوحد بمعنى الوحيد، ومعناه أجير المستأجر الواحد، وفى معناه الأجير الخاص، ولو حرك الحاء يصح، لأنه يقال: رجل وحد، أى منفرد. (ك)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) بدون ذكر المدة.

(١٢) قوله: "باب" لما كان وقت استحقاق الأجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع، وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن إفراد باب لبيان وقت استحقاق الأجرة، وما يتعلق به من المسائل. (نت)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "الأجرة لا تجب إلخ" المراد نفس الوجوب لا وجوب الأداء، فإنه عقد معاوضة، فيعتبر فيه المساواة، ولم يوجد فى جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الأداء، فكذلك فى جانب العوض. (كفاية)

(١٥) أى تملك.

وقال الشافعي: تملك بنفس العقد؛ لأن المنافع المعدومة صارت موجودة[١] حكمًا ضرورة تصحيح العقد، فثبت الحكم[٢] فيما يقابله من البدل.

ولنا[٣]: أن العقد ينعقد شيئًا فشيئًا على حسب حدوث المنافع على ما بينا[٤]، والعقد[٥] معاوضة، ومن قضيتها[٦] المساواة[٧]، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر[٨]، وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجرة لتحقق التسوية، وكذا إذا شرط التعجيل، أو عجل من غير شرط، لأن المساواة يثبت حقًا له[٩]، وقد أبطله[١٠]. وإذا قبض المستأجر الدار، فعليه الأجر[١١] وإن لم يسكنها؛ لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور، فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به[١٢]، فإن غصبها[١٣] غاصب من يده[١٤] سقطت الأجرة[١٥]؛ لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم النفعة للتمكن من الانتفاع، فإذا فات التمكن فات التسليم، وانفسخ العقد، فيسقط الأجر.

---

(١) قوله: "صارت [ولو لم تكن موجودة كان دينًا بدين، وهو حرام] إلخ" فيه أن جعل المعدوم موجوداً في الشرع إنما يكون فيما إذا دعت الضرورة إليه، وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة إليه، لإمكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح، وهو إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول، ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع وإقامة السبب مقام المسبب أصل شائع في الشرع، كإقامة السفر مقام المشقة. (نتائج)

(٢) أي الملك.

(٣) قوله: "ولنا إلخ" وفائدة الخلاف أنه عندنا لا يثبت للمؤجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال، ولو كانت الأجرة عبداً، وهو قريبه لا يعتق عليه في الحال، وعنده له ولاية المطالبة في الحال، ويعتق عليه في الحال. (عيني)

(٤) في أول هذا الكتاب.

(٥) أي عقد الإجارة.

(٦) معاوضة.

(٧) بين البدلين.

(٨) وهو الأجرة.

(٩) أي للمستأجر.

(١٠) بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط.

(١١) قوله: "فعليه الأجر" يعني إذا تمكن من الاستيفاء في المدة، وهذا إذا كانت الإجارة صحيحة، أما في الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء، والتمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه، حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة، وقبضها، وأمسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة، فلا أجر عليه، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة. (ك)

(١٢) أي بتسليم المحل.

(١٣) العين المستأجرة.

(١٤) المستأجر.

(١٥) إلا إذا أمكن إخراج الغاصب من الدار بشفاعة وحماية، كما في "التنوير". (مجمع الأنهر)

وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط[١] بقدره؛ إذ الانفساخ في بعضها، ومن استأجر دارًا، فللمؤاجر[٢] أن يطالبه بأجر كل يوم؛ لأنه[٣] استوفى منفعة مقصودة، إلا أن يبين[٤] وقت الاستحقاق في العقد؛ لأنه[٥] بمنزلة التأجيل[٦]، وكذلك إجارة الأراضي[٧] لما بينا[٨]. ومن استأجر بعيرًا إلى مكة، فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة[٩]؛ لأن سير كل مرحلة مقصود، وكان أبو حنيفة يقول أولا: لا يجب الأجرة إلا بعد انقضاء المدة، وانتهاء السفر، وهو قول زفر؛ لأن المعقود عليه جملة المنافع فى المدة، فلا يتوزع[١٠] الأجر[١١] على أجزاءها، كما إذا كان المعقود عليه العمل[١٢]. ووجه القول المرجوع إليه: أن القياس استحقاق الأجر ساعة فساعة، لتحقق المساواة[١٣] إلا أن المطالبة فى كل ساعة يفضى إلى أن لا يتفرغ لغيره، فيتضرر[١٤] به، فقدرناه بما ذكرنا[١٥].

قال[١٦]: وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يتفرغ من العمل؛ لأن العمل فى البعض غير منتفع به[١٧]، فلا يستوجب الأجر به، وكذا إذا عمل فى بيت

(١) الأجر.

(٢) قوله: "فللمؤاجر" قال السغناقى فى "النهاية": الصواب أن يقال: فللمؤجر، لأن قولنا: آجر الدار هو أفعل لا فاعل، واسم الفاعل منه مؤجر لا المؤاجر، قلت: قد بينا فى ما سبق أن المؤاجر ليس بفاعل من آجر، وإنما هو فاعل من واجر، وقد بينت أنه لغة العوام، فإنهم يقولون: واجر مقام آجر. (عينى)

(٣) المستأجر.

(٤) المستأجر.

(٥) البيان.

(٦) والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل.

(٧) قوله: "وكذلك إجارة الأراضى" يعنى إذا آجر الأرض له أن يطالب المستأجر بأجرة كل يوم، لأنه منفعة مقصودة إلا إذا بين وقت الاستحقاق، فلا يطالبه إلا فى ذلك الوقت، لأنه بمنزلة التأجيل. (عينى)

(٨) هو قوله: لأنه منفعة مقصودة إلخ.

(٩) أى منزل، كذا فى "الغياث".

(١٠) أى فلا ينقسم.

(١١) أى استحقاقًا.

(١٢) كما فى الخياطة فإن الخياطة لا يستحق الأجر قبل الفراغ.

(١٣) بين البدلين.

(١٤) المستأجر.

(١٥) من اليوم فى الدار أو المرحلة فى البعر.

(١٦) أى القدورى. (عينى)

المستأجر لا يستوجب[١] الأجر قبل الفراغ لما بينا[٢]، قال: إلا أن يشترط التعجيل؛ لما مر أن الشرط فيه لازم.

قال: ومن استأجر خبازًا ليخبز في بيته[٣] قفيزًا[٤] من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر، حتى يخرج الخبز من التنور؛ لأن تمام العمل بالإخراج، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له[٥] للهلاك قبل التسليم، فإن أخرجه[٦]، ثم احترق[٧] من غير فعله فله الأجرة؛ لأنه[٨] صار مسلمًا بالوضع في بيته، ولا ضمان عليه[٩]، لأنه لم يوجد منه الجناية.

قال رضي الله عنه[١٠]: وهذا[١١] عند أبي حنيفة، لأنه أمانة في يده[١٢]، وعندهما يضمّن[١٣] مثل دقيقه، ولا أجر له، لأنه مضمون عليه، فلا يبرأ[١٤] إلا بعد

---

(١٧) قوله: "لأن العمل في البعض إلخ" هذا يشير إلى أنه إذا كان ثوبين ففرغ أحدهما جاز أن يطلب أجرته، لأنه منتفع به. (عيني)

(١) قوله: "لا يستوجب" هذا وقع مخالفًا لعامة روايات الكتب من "المبسوط" و "الذخيرة"، و"المغني"، و "شرح الجامع الصغير" لفخر الإسلام قاضي خان، والتمر تاشي، والفوائد الظهيرية، فإنه ذكر في "المبسوط" في باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته، وقال: لو استأجر خياطًا يخيط له في بيت المستأجر قميصًا، وخاط بعضه، فسرق الثوب فله الأجر بقدر ما خاطه، فإن كل جزء من العمل يصير مسلمًا إلى صاحب الثوب بالفراغ منه، ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود. وذكر الإمام قاضي خان: وكذا لو استأجر خياطًا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الأجرة بقدره، ولكن نقل من التجريد أن الحكم قد ذكر فيه، كما ذكر في الكتاب، فيحتمل أن المصنف اتبع صاحب "التجريد" أبا الفضل الكرماني. (نهاية)

(٢) إشارة إلى قوله: لأن العمل في البعض.

(٣) أي في بيت المستأجر. (ك)

(٤) القفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. (عيني)

(٥) قوله: "فلا أجر له" وفي "المبسوط" وهو ضامن لأن هذا جناية يد. (عيني)

(٦) من التنور.

(٧) بنار أخرى، أو رماه أحد في التنور.

(٨) بعد الفراغ من العمل بالإخراج.

(٩) قوله: "ولا ضمان عليه" قيل: هذا قول الكل، أما عند أبي حنيفة فلأنه لم يهلك بصنعه، وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم، وذكر القدوري في شرحه أن على قولهما يجب الضمان، لأنه أجير مشترك، والعين في يده أمانة عنده مضمونة عندهما يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم، وهو اختيار صاحب "الهداية" كالغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالتسليم دون الوضع في بيته. وقال القدوري رحمه الله تعالى: لا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما، لأن ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه، وحال ما وجب الضمان عليه لا قيمة كذا في "الذخيرة". (ك)

(١٠) أي المصنف.

(١١) أي عدم الضمان في الهلاك بعد الإخراج.

(١٢) إلى وقت حقيقة التسليم.

حقيقة التسليم[١]، وإن شاء ضمّن الخبز وأعطاه الأجر، قال: ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغرف عليه[٢] اعتباراً للعرف.

قال: ومن استأجر[٣] إنساناً ليضرب له لبناً[٤] استحق الأجرة إذا أقامها[٥] عند أبي حنيفة، وقالا: لا يستحقها[٦] حتى يشرّجها[٧]؛ لأن التشريج[٨] من تمام عمله، إذ لا يؤمن من الفساد قبله، فصار كإخراج الخبز من التنور، ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفاً، وهو المعتبر فيما لم ينص عليه.

ولأبي حنيفة: أن العمل قد تم بالإقامة، والتشريج عمل زائد كالنقل، ألا ترى أنه ينتفع به[٩] قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل[١٠]. بخلاف ما قبل الإقامة؛ لأنه[١١] طين منتشر، وبخلاف الخبز، لأنه غير منتفع به قبل الإخراج[١٢].

قال[١٣]: وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصّار والصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ[١٤] عن عمله حتى يستوفي الأجر؛ لأن المعقود عليه وصف قائم في

---

(١٣) أي صاحب الدقيق إن شاء.

(١٤) بوضعه في بيته.

(١) والوضع في بيته ليس كذلك. (عناية)

(٢) قوله: "فالغرف [بفتح الغين المعجمة: هو جعل الطعام في القصعة. عين] عليه" أي إخراج المرقة من القدور إلى القصاع عليه، وإن استوجر بطبخ قدر خاص، فإخراج المرقة من القدر ليس عليه، كذا في "الإيضاح". (كفاية)

(٣) هذه من القدوري.

(٤) هو الآجر النيئ.

(٥) قوله: "إذا أقامها" يريد بالإقامة النصب عند الجفاف، وبالتشريج أن يركب بعضه على بعض بعد الجفاف. (مضمرات)

(٦) قوله: "وقالا: لا يستحقها إلخ" فائدة الخلاف أنه إذا أفسد المطر قبل التشريج، أو انكسر فله أجر عنده، خلافاً لهما، وفي "المبسوط" هذه كله إذا كان يقسم العمل في ملك المستأجر، أما في غير ملكه فيما لم يعد عليه، ويسلمه إليه لا يستحق الأجر بالاتفاق، حتى لو فسد قبل العد لا أجر له. (عيني)

(٧) تشريج اللبن تنضيده، وضم بعضه إلى بعض. (مغرب)

(٨) بعد الجفاف.

(٩) اللبن.

(١٠) أي العمارة.

(١١) اللبن.

(١٢) من التنور.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "فله أن يحبس إلخ" أما القصار فإن كان يقصر بالنشاستج، أو بياض البيض فله حق الحبس، لأنه اتصل بالثوب مال قائم كما في الصبغ، فأما إذا كان بيض الثوب لا غير فقد قيل: ليس له حق الحبس، لأن البياض الذي حدث

الثوب، فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع[١]، ولو حبسه[٢] فضاع فى يده لا ضمان عليه عند أبى حنيفة، لأنه غير متعد فى الحبس[٣]، فبقى أمانة[٤] كما كان[٥] عنده، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم[٦].

وعند أبى يوسف ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس، فكذا بعده، لكنه[٧] بالخيار إن شاء ضمنه قيمته[٨] غير معمول[٩]، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولا، وله الأجر، وسنبين من بعد[١٠] إن شاء الله تعالى.

قال[١١]: وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال، والملاح[١٢]؛ لأن المعقود عليه نفس العمل، وهو غير قائم فى العين، فلا يتصور حبسه، فليس له ولاية الحبس، وغسل الثوب[١٣] نظير الحمل[١٤]، وهذا بخلاف الآبق[١٥]، حيث يكون للراد حق حبسه[١٦] لاستيفاء الجُعْل[١٧] ولا أثر[١٨]

فى الثوب غير مضاف إلى عمله بل البياض كان حاصلا، ولكن استتر بالدرن والوسخ، فزال ذلك بعمله، فظهر البياض الذى كان فى الأصل. وقيل: له حق الحبس لأن ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالأوساخ، فيقع العمل أحداثًا وصفة البياض من حيث المعنى، فيكون له حق الحبس كما فى الخياطة. (ك)

(١) قوله: "كما فى المبيع" حيث يجوز للبائع حبسه عن المشترى حتى يقبض الثمن. (عينى)

(٢) العين.

(٣) والضمان إنما هو على المتعدى.

(٤) بعد الحبس.

(٥) أى كما كان أمانة عنده قبل الحبس.

(٦) إلى المالك.

(٧) أى رب الثوب.

(٨) الثوب.

(٩) أى غير مصبوغ، أو غير مقصور.

(١٠) فى باب ضمان الأجير. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) المتولى أمر السفن.

(١٣) قوله: "وغسل الثوب [أى بمجرد إزالة الدرن. ميرجان]" وغاسل الثوب أى لتطهيره لا لتحسينه، مجتبى، فليحفظ لا يحبس العين للأجر. (در مختار)

(١٤) يعنى إذا لم يستعمل فى الغسل شيئًا من النشاستج وغيره.

(١٥) قوله: "وهذا بخلاف إلخ" جواب عما يقال: الآبق إذا رده إنسان كان له حق الحبس، وإن لم يكن بعمله أثر قائم فى العين. (عينى)

(١٦) الآبق.

(١٧) قوله: "الجعل [مزد أى جلدد. كنز]" إذا أبق مملوك، فرده رجل على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً، فله

لعمله[١]؛ لأنه[٢] كان على شرف[٣] الهلاك، وقد أحياه[٤]، فكأنه[٥] باعه[٦] منه[٧]، فله[٨] حق الحبس[٩]، وهذا الذى ذكرناه[١٠] مذهب علمائنا الثلاثة.

وقال زفر: ليس له حق الحبس فى الوجهين[١١]، لأنه وقع التسليم[١٢] باتصال المبيع[١٣] بملكه[١٤]، فيسقط حق الحبس.

ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل، فلم يكن[١٥] هو راضيًا به[١٦] من حيث إنه تسليم، فلا يسقط الحبس كما إذا قبض المشترى بغير رضاء البائع[١٧].

قال[١٨]: وإذا شرط[١٩] على الصانع[٢٠] أن يعمل بنفسه فليس له[٢١] أن يستعمل

عليه جعله أربعون درهمًا، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه، وإن كانت قيمته أقل من أربعين قضى له بقيمته إلا درهمًا. (قدورى)

(١٨) الواو حالية.

(١) الراد.

(٢) الآبق.

(٣) شرف بر امر بزرگ رسيدن از خير يا از شر. (من)

(٤) قوله: "وقد أحياه [برده إلى المالك]" والإحياء الذى يتصور من العباد تخليص من أشرف على الهلاك إذ الإحياء الحقيقى من خواص الألوهية. (ك)

(٥) الراد.

(٦) الآبق.

(٧) المالك.

(٨) الراد.

(٩) كالبائع له حبس المبيع.

(١٠) أى حق الحبس للصانع بالأجر إذا كان لعمله أثر.

(١١) قوله: "فى الوجهين" أى سواء كان لعمله أثر أو لم يكن، لأن المبيع وقع فى يد المشترى برضا البائع قبل نقد الثمن، فيبطل حقه فى الحبس كما إذا عمل فى بيت صاحب الثوب، وهذا لأن المبيع ههنا إما أثر عمله فى العين، كما فى الخياطة، أو مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ، وقد وقع فى يد المشترى، أى صاحب الثوب برضا البائع، وهو كمن استقرض من آخر كر حنطة، وأمر بإلقاءها فى أرضه بذرا ففعل صار قابضًا. (ك)

(١٢) من الصانع.

(١٣) معقود عليه.

(١٤) المستأجر.

(١٥) الصانع.

(١٦) أى باتصال المعقود عليه بملكه.

(١٧) فلا يسقط به حق الحبس للبائع.

(١٨) أى القدورى. (عينى)

(١٩) قوله: "وإذا شرط إلخ" صورة ما إذا شرطه على الصانع أن يعمل بنفسه أن يقول: استأجرتك لتخيط هذا الثوب بنفسك، أو بيدك. (ك)

غيره؛ لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه [١]، فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه [٢]، وإن أطلق له العمل [٣]، فله أن يستأجر من يعمله؛ لأن المستحق عمل في ذمته، ويمكن إيفاءه بنفسه، وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين [٤].

فصل [٥]

ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة، فيجيء بعياله، فذهب ووجد بعضهم قد مات، فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه [٦]؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه [٧]، فيستحق العوض بقدره [٨]، ومراده [٩] إذا كانوا معلومين [١٠].

وإن استأجر ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة، ويجيء بجوابه، فذهب فوجد فلانًا ميتا فرده [١١]، فلا أجر له؛ وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: له الأجر في الذهاب [١٢]؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه، وهو قطع المسافة [١٣]، وهذا

(٢٠) مثل أن يقول: على أن تعمل بنفسك أو بيدك.

(٢١) قوله: "فليس له إلخ" فيه تأمل، لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن، أو سلم دابة أقوى عن ذلك كان ينبغي أن يجوز. (عناية)

(١) قوله: "في محل بعينه" أراد بالمحل نفس الصانع يعني شرط أن يكون محل هذا العمل هو لا غير، فلا يجوز أن يستعمل غيره. (عيني)

(٢) قوله: "كالمنفعة في محل بعينه" كان استأجر دابة بعينها للحمل، فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها، وكمن استأجر غلامًا بعينه ليس للمؤجر أن يدفع غلامًا غيره. (عيني)

(٣) قوله: "وإن أطلق إلخ" بأن يقول: استأجرتك لتخيط هذا الثوب بدراهم، فهذا من قبيل إطلاق العمل عرفًا، وإن كان المذكور خياطته لفظًا. (كفاية)

(٤) فإن الإيفاء يحصل من المديون وبالتبرع من آخر.

(٥) قوله: "فصل" لما ذكر استحقاق تمام الأجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الأجر، أو بعضه، وعقبه لأصل الباب، لأن استحقاق تمام الأجر هو الأصل، والنقصان لعارض. (ع)

(٦) قوله: "فله الأجر بحسابه" وقال تاج الشريعة: أي أجرة الذهاب بكمالها، وأجرة المجيء بقدره، لأن الأجر مقابل بنقل العيال، لا بقطع المسافة، ولهذا لو ذهب ولم ينقل واحدًا منهم لا يستوجب شيئًا. (عيني)

(٧) وبطل بقدر ما لم يوف. (ك)

(٨) أي بقدر ما أوفى.

(٩) أي مراد القدوري. (ع)

(١٠) قوله: "إذا كانوا إلخ" يعني كان عدد عيالهم معلومًا قيد به لأنهم إذا كانوا غير معلومين يستحق جميع الأجرة. (عيني)

(١١) أي رد الكتاب قيد به لأنه لو ترك الكتاب ثمة يستحق أجر الذهاب.

(١٢) قوله: "له الأجر في الذهاب" كما لو لم يرد الكتاب، وكما لو كان رسولا بلا كتاب، فذهب، ولم يجد المرسل إليه، أو جده إلا أنه لم يبلغه الرسالة، ورجع له الأجر بالإجماع.

وذكر الفقيه أبو الليث قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالى، قيد بالذهاب بالكتاب ليشير به إلى أن هذا

لأن الأجر مقابل به[١] لما فيه[٢] من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته.

ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب، لأنه[٣] هو المقصود[٤]، أو وسيلة إليه[٥]، وهو[٦] العلم بما في الكتاب[٧]، لكن الحكم معلق به[٨]، وقد نقضه[٩]، فيسقط الأجر كما في الطعام[١٠]، وهي[١١] المسألة التي تلي هذه المسألة[١٢].

وإن ترك الكتاب في ذلك المكان، وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع؛ لأن الحمل لم ينتقض[١٣]. وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة، فذهب، فوجد فلانًا ميتًا فرده[١٤]، فلا أجر له في قولهم جميعًا؛ لأنه نقض تسليم المعقود عليه، وهو حمل الطعام[١٥]، بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد، لأن المعقود عليه هناك[١٦] قطع المسافة على ما مر[١٧]، والله أعلم بالصواب.

الحكم فيما إذا استأجره للذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنة، وقيد المجيء بالجواب، لأنه لو لم يشترط عليه المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما إذا كان ميتًا، أو غائبًا فإنه يستحق الأجر كاملا. (ك)

(١٣) ذهابا.

(١) أي بقطع المسافة.

(٢) أي في قطع المسافة.

(٣) أي لأن نقل الكتاب.

(٤) لما فيه من تعظيم المكتوب إليه، وصلة الرحم.

(٥) قوله: "أو وسيلة إليه" أي وسيلة إلى المقصود لأن إعلام ما فيه لا يتصور إلا بنقل الكتاب. (مل)

(٦) أي المقصود.

(٧) أي وجوب الأجرة.

(٨) أي بنقل الكتاب. (ك)

(٩) قوله: "وقد نقضه [أي نقض الأجير نقل الكتاب، لأنه رده]" أي نقل الكتاب إما حقيقة، فظاهر، وإما اعتبارًا، فلأن ترك الكتاب ثمة مفيد لأنه ربما يصل إلى ورثته فينتفعون به، أو الكاتب ينتفع به، فإذا رد فات ما هو المقصود بالإجارة، فيكون ناقضًا للعمل اعتبارًا. (ك)

(١٠) قوله: "كما في الطعام" أي كما يسقط الأجرة فيما إذا استأجر ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة، فذهب به، ووجد ميتا فرده، فإنه لا أجر له بالاتفاق كما سيجيء. (عيني)

(١١) أي مسألة الطعام.

(١٢) أي مسألة نقل الكتاب.

(١٣) قوله: "لأن الحمل [أي حمل الكتاب ونقله] لم ينتقض" لأن ترك الكتاب ثمة مفيد لأنه ربما يصل إلى ورثته، فينتفعون به. (عيني)

(١٤) الطعام.

(١٥) إلى الموضع الذي عينه.

(١٦) أي في مسألة نقل الكتاب.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافًا فيها[١]

قال[٢]: ويجوز استئجار الدور والحوانيت[٣] للسكنى[٤] وإن لم يبين ما يعمل فيها؛ لأن العمل المتعارف فيها السكنى، فينصرف[٥] إليه[٦]، وأنه لا يتفاوت[٧]، فصح العقد، وله أن يعمل كل شيء[٨]؛ للإطلاق[٩]، إلا أنه لا يسكِنُ حدّادا، ولا قصّارًا[١٠]، ولا طحّانًا[١١]؛ لأن فيه ضررًا ظاهرًا، لأنه يوهن[١٢] البناء، فيتقيد العقد بما وراءها دلالة.

قال: ويجوز استئجار الأراضي للزراعة؛ لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها[١٣]، وللمستأجر الشرب[١٤] والطريق وإن لم يشترط؛ لأن الإجارة تعقد للانتفاع، ولا انتفاع إلا بهما، فيدخلان في مطلق العقد[١٥]، بخلاف البيع[١٦]، لأن المقصود منه[١٧]

---

(١٧) من قوله: لأنه أوفى بعض إلخ.

(١) قوله: "باب ما يجوز إلخ" لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها، ووقت استحقاق الأجرة ذكر ههنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ، وتقييده، وذكر أيضًا من الأفعال ما يعد خلافًا من الأجير للموجب، وما لا يعد خلافًا. (نت)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) حانوت: دكّان.

(٤) قوله: "للسكنى" قال تاج الشريعة: للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى، إلا أن يقول زمان العقد: استأجرت هذه الدار للسكنى، فإنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى، وصورة المسألة ما قال: استأجرت هذه الدار بكذا شيئًا، ولم يبين شيئًا بعمل فيها السكنى، أو غيره. (عيني)

(٥) المطلق.

(٦) أي إلى السكنى.

(٧) قوله: "وأنه [أي السكنى] لا يتفاوت" أي غالبًا، جواب عما عسى أن يقال: سلمنا أن السكنى متعارف، لكن قد يتفاوت السكنى بتفاوت السكان، فلا بد من بيانه. (عيني)

(٨) قوله: "كل شيء [من أعمال السكنى]" أي مما لا يضر بالبناء، وذلك نحو الوضوء وغسل الثوب، وكسر الحطب ووضع الأمتعة، ونحو ذلك. (ك)

(٩) أي لإطلاق العقد.

(١٠) قصر الثياب أن يجمعها القصار فيغسلها. (مغرب)

(١١) قوله: "ولا طحانًا [طحان كشداد آسيابان. من]" لأن في نصب الرحى ضررًا، والمراد بالرحى رحى الماء، ورحى الثور، أما رحى اليد فلا يمنع من النصب فيها، لأن هذا لا يضر البناء، وهو من توابع السكنى عادة، فلا بد منه. (تبيين)

(١٢) أي يضعف، توهين: سست گر دانيدن. (من)

(١٣) الأراضي.

(١٤) قوله: "الشرب [أي النصيب من الماء]" في "المغرب": الشرب -بالكسر- النصيب من الماء، وفي الشريعة: ع : عن نوبة الانتفاع بالماء سقيًا للمزارع والدواب. (منافع)

١٥) وإن لم يذكرا.

ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال، حتى يجوز بيع الجحش[١] والأرض السبخة[٢] دون الإجارة، فلا يدخلان فيه[٣] من غير ذكر الحقوق، وقد مر في البيوع[٤].

ولا يصح العقد[٥] حتى يسمى ما يزرع فيها؛ لأنها قد تستأجر للزراعة، ولغيرها[٦] وما يزرع فيها متفاوت[٧]، فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة.

و يقول: على أن يزرع فيها ما شاء؛ لأنه لما فوض الخيرة إليه[٨] ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة، ويجوز أن يستأجر المساحة[٩] ليبنى فيها، أو ليغرس فيها نخلا أو شجراً[١٠]؛ لأنها منفعة تقصد بالأراضي.

ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه[١١] أن يقلع البناء والغرس، ويسلمها فارغة[١٢]؛ لأنه لا نهاية لها[١٣]، ففي إبقاءها[١٤] إضرار بصاحب الأرض، بخلاف ما إذا انقضت المدة[١٥] والزرع[١٦] بقل[١٧] حيث تترك[١٨] بأجر المثل إلى زمان

---

(١٦) يعني لا يدخلان فيه إلا بالذكر.

(١٧) أي من البيع.

(١) بچه' خر وبچه' اسپ.

(٢) قوله: "والأرض السبخة [هي الأرض التي لا تنبت شيئًا]" سبخة محركة ويسكن: زمين شوره ناك، سبخة -بكسر الباء- مثله. (من)

(٣) أي في البيع.

(٤) في باب الحقوق.

(٥) أي عقد استئجار الأرض للزراعة.

(٦) كالبناء وغرس الأشجار.

(٧) قوله: "وما يزرع فيها متفاوت [لأن البعض يضر بالأرض، والبعض لا]" لأن الأرض قد يستأجر لزراعة البر، ولزراعة الشعير، ولزراعة الذرة والأرز وغيرها، وبعضها يضر بالأرض، لأن البعض قريب الإدراك، والبعض بعيده، أو لأن البعض يضر بالأرض كالذرة والبعض لا يضره كالبطيخ، فما لم يبين شيئًا من ذلك لا يصير المعقود عليه معلومًا، وإعلام المعقود عليه شرط جواز الإجارة. (ك)

(٨) أي إلى المستأجر.

(٩) هي الأرض الخالية عن البناء والشجر.

(١٠) من قبيل عطف العام على الخاص أقحمه لدفع توهم التخصيص.

(١١) المستأجر.

(١٢) قوله: "ويسلمها" أي يسلم الأرض إلى صاحبها حال كونها فارغة من البناء والغرس. (عيني)

(١٣) أي للبناء والغرس.

(١٤) أي الأرض.

(١٥) أي مدة الإجارة.

(١٦) الواو حالية.

الإدراك[١]؛ لأن لها نهاية معلومة، فأمكن رعاية الجانبين[٢].

قال[٣]: إلا أن يختار صاحب الأرض[٤] أن يغرم له[٥] قيمة ذلك[٦] مقلوعًا[٧]، ويتملكه[٨] فله ذلك، وهذا برضا صاحب الغرس[٩] والشجر، إلا أن ينقص الأرض بقلعها، فحينئذ[١٠] يتملكها[١١] بغير رضاه[١٢]، قال[١٣]: أو يرضى بتركه على حاله، فيكون البناء لهذا، والأرض لهذا؛ لأن الحق له، فله أن لا يستوفيه. قال: وفي "الجامع الصغير"[١٤]: إذا انقضت مدة الإجارة، وفي الأرض رطبة[١٥]، فإنها تقلع؛ لأن الرطاب لا نهاية لها، فأشبه الشجر.

قال[١٦]: ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل؛ لأنه[١٧] منفعة معلومة

---

(١٧) سبزه.

(١٨) الأرض.

(١) أدرك الشيء رسيد وقت آن ومنتهى شد. (من)

(٢) قوله: "فأمكن رعاية الجانبين" أي رعاية جانب صاحب الأرض بأجر المثل، وجانب صاحب الزرع بالترك. (عينى)

(٣) أي القدوري. (عينى)

(٤) قوله: "إلا أن يختار إلخ" يعني عند مضي المدة يجب عليه قلع البناء والغرس، إلا أن يغرم له المؤجر قيمة البناء والغرس مقلوعًا. (تبيين)

(٥) أي لصاحب الشجر أو البناء.

(٦) الشجر والبناء.

(٧) أي مرميًا على الأرض.

(٨) أي يتملك كل واحد من البناء والشجر.

(٩) قوله: "صاحب الغرس" الغرس أعم من الشجر فإن الشجر اسم لما له ساق، والغرس يتناول لما له ساق، وما ليس له ساق، والحكم في النوعين سواء. (عينى)

(١٠) أي حين وجود نقض الأرض بالقلع.

(١١) الأشياء المذكورة.

(١٢) المستأجر.

(١٣) أي القدوري. (عينى)

(١٤) قوله: "وفي الجامع الصغير" أورد مسألة "الجامع الصغير" لبيان أن الرطبة كالشجر. (عناية)

(١٥) قوله: "رطبة" قال في "المغرب": الرطبة بالفتح الإسفست والجمع رطاب، ومنه حذيفة وابن حنيف رضي الله عنهما وظفا على كل جريب من أرض الزرع درهما، ومن أرض الرطبة خمسة دراهم، وفي كتاب العشر البقول غير الرطاب، فإنما البقول مثل الكراث ونحو ذلك، والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان، وما يجرى مجراه، والأول هو المذكور فيما عندي من كتب اللغة فحسب، انتهى.

وقال في "الدر المختار": ثم المراد بالرطبة ما يبقى أصله في الأرض أبدًا، وإنما يقطف ورقه، ويباع أو زهره، وأما إذا كان له نهاية معلومة كما في الفجل والجزر والباذنجان، فينبغي أن يكون كالزرع يترك بأجر المثل إلى نهايته، كذا حرره المصنف في حواشي "الكنز"، وقواه بما في معاملة الخانية، فليحفظ.

معهودة، فإن أطلق الركوب[١] جاز له[٢] أن يركب من شاء عملا بالإطلاق، ولكن إذا ركب بنفسه، أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره؛ لأنه[٣] تعين مرادا من الأصل[٤]، والناس متفاوتون في الركوب، فصار كأنه نص[٥] على ركوبه، وكذلك إذا استأجر ثوبًا للبس، وأطلق[٦] فيما ذكرنا[٧] لإطلاق اللفظ، وتفاوت الناس في اللبس. وإن قال: على أن يركبها فلان، أو يلبس الثوب فلان، فأركبها غيره، أو ألبسه غيره، فعطب[٨] كان ضامنًا؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس، فصح التعيين، وليس له أن يتعداه[٩]، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا[١٠]، فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل[١١] إذا شرط سكنى واحد، فله أن يسكن غيره، لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت، والذى يضر بالبناء[١٢] خارج[١٣] على ما ذكرناه[١٤].

---

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) أى لأن كل واحد من الركوب والحمل.

(١) قوله: فإن أطلق [أى لم يقيد بركوب شخص] الركوب إلخ" المراد بقوله: فإن أطلق الركوب هو أن يقول: على أن يركب من شاء، وأما لو قال: استأجرت للركوب فالعقد فاسد، لأنه مما يختلف اختلافًا فاحشًا، فإن أركب شخصًا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل، لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد ولا ينقلب إلى الجواز، كما لو اشترى شيئًا بخمر، أو خنزير. وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزًا، لأن الفساد كان للجهالة، وقد ارتفعت حالة الاستعمال، فكأنها ارتفعت من الابتداء لأنها عقد ينعقد ساعة فساعة، فكل جزء منه ابتداء، ولو ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد، فكذا ههنا. (ع)

(٢) أى للمستأجر.

(٣) أى لأن ركوبه بنفسه، أو إركابه أحداً.

(٤) أى الإطلاق والتعميم.

(٥) الابتداء.

(٦) أى عمم ولم يقيد بلبس شخص.

(٧) أى فى حكم العموم، فله أن يلبس من شاء.

(٨) الدابة أو الثوب.

(٩) فإذا تعدى ضمن.

(١٠) من تفاوت الناس.

(١١) كالبيوت.

(١٢) قوله: "والذى يضر إلخ" أى فإن قيل: قد يتفاوت السكان أيضًا، فإن سكنى بعض يتضرر كالحداد ونحوه، أجاب بقوله: الذى يضر البناء إلخ. (عناية)

(١٣) كالقصار والحداد لا يتناوله مطلق السكنى. (ك)

(١٤) إشارة إلى قوله: إلا أنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحانًا. (ك)

قال[١]: وإن سمي نوعًا، وقدرًا معلومًا يحمله على الدابة، مثل أن يقول: خمسة أقفزة حنطة، فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر[٢]، أو أقل[٣] كالشعير[٤] والسمسم[٥]؛ لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت[٦]، أو لكونه خيرًا من الأول[٧]، وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد، لانعدام الرضا به[٨]. وإن استأجرها[٩] ليحمل عليها قطنًا سماه، فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدًا؛ لأنه ربما يكون أضر بالدابة، فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره، والقطن ينبسط على ظهره.

قال[١٠]: وإن استأجرها ليركبها، فأردف معه[١١] رجلا[١٢]، فعطبت ضمن نصف قيمتها[١٣]، ولا معتبر بالثِّقَل[١٤]؛ لأن الدابة قد يعقرها[١٥] جهل الراكب

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "مثل الحنطة إلخ" كما إذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة، فحمل عشرة مخاتيم من حنطة أخرى. (ك)

(٣) ضرراً.

(٤) قوله: "كالشعير" بأن استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير أو سمسم، فإن مثل كيل حنطة من الشعير يكون أخف على الدابة حتى قيل: لو سمى مقداراً من الحنطة وزنًا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن، لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذه الحنطة، وأما مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها أكثر مما يأخذه الحنطة، وفي "الذخيرة": وذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه لا يضمن استحساناً، ثم قال: وهو الأصح. (ك)

(٥) كل واحد ينصرف إلى الأقل، ومثال له. (عيني)

(٦) يعني به إذا كان مثلا. (ع)

(٧) يعني إذا كان أقل ضرراً. (ع)

(٨) قوله: "لانعدام الرضا به [وفي نسخة: فيه]" لأنه يجتمع في موضع واحد، فيدق ظهر الدابة. (مل)

(٩) قوله: "وإن استأجرها" وإنما ذكره مع كونه معلومًا مما سبق لأن ذلك كان نظير الكيل، وهذا نظير الوزن. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "فأردف إلخ" قيد بالإرداف لأنه لو ركبها، وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة، وإن كانت الدابة تطيق ذلك لأن ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد، فيكون أشق عليها، كما لو حملها مثل وزن الحنطة حديداً. (عيني)

(١٢) قوله: "رجلا" إنما قيد بكونه رجلا لأنه إذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه، لأنه بمنزلة الحمل. (عناية)

(١٣) قوله: "ضمن نصف قيمتها" وعليه الأجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه، فإن ركوبه لا يختلف بأن يردف معه غيره، أو لا يردف، ثم للمالك الخيار في ذلك إن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن الرديف، فإن ضمن المستأجر لا يرجع على الرديف مستأجراً كان أو مستعيراً، وإن ضمن الرديف رجع هو على المستأجر إن كان ذلك الرديف مستأجراً، وإن كان مستعيراً لا يرجع عليه. (ك)

(١٤) خلاف الخفة، ثقَل كعنب گراني. (من)

الخفيف، ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية[١]، ولأن الأدمى غير موزون[٢]، فلا يمكن معرفة الوزن، فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة[٣] في الجنايات.

وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة، فحمل عليها أكثر منه، فعطبت ضمن ما زاد الثقل[٤]؛ لأنها عطبت بما هو مأذون فيه، وما هو غير مأذون فيه، والسبب الثقل، فانقسم عليهما[٥]، إلا إذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة، فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة[٦].

وإن كبح[٧] الدابة بلجامها، أو ضربها، فعطب ضمن عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفًا[٨]؛ لأن المتعارف[٩] مما يدخل تحت مطلق العقد[١٠]، فكان حاصلا بإذنه، فلا يضمنه. ولأبي حنيفة أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما[١١] وهما للمبالغة[١٢]، فيقيد[١٣] بوصف السلامة

(١٥) العقر بالفتح الجرح كذا في "الصحاح". (رد المحتار) عقر بالفتح خسته كردن وپست ريش كردن ستور را. (من)

(١) قوله: "بالفروسية" أراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب، كيف يقعد على ظهر الدابة، وكيف يضم فخذيه، وكيف يحط رجليه، وكيف يمسك اللجام والختام. (عيني)

(٢) عادة.

(٣) قوله: "كعدد الجناة" فإنه إذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة، والآخر عشر جراحات خطأ، فمات فالدية بينهما أنصافًا، لأن رب جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات. (عناية)

(٤) إذا كان حملا يطيق مثلها حملها.

(٥) قوله: "فانقسم عليهما" مثل أن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة، فحمل مائة وعشرة يقسم على أحد عشر جزء، فيضمن جزء. (كفاية)

(٦) قوله: "لخروجه عن العادة" كما إذا كانت الزيادة عن خلاف جنس المسمى كمن استأجرها ليحمل عليها خمسة أقفزة من شعير، فحملها مثل كيله حنطة فإنه يضمن جميع قيمتها لعدم الإذن بخلاف ما إذا كانت مثل حبسه، لأنه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة، فيوزع الضمان. ونوقض بما لو استأجر ثوراً ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة، فطحن أحد عشر مختومًا فهلك ضمن الجميع، وإن كانت الزيادة من الجنس.

وأجيب بأن الطحن إنما يكون شيئًا فشيئًا فإذا طحن العشرة، انتهى الإذن، فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الإذن، فيضمن بالجميع. (عناية)

(٧) كبح اللجام: جذبه إلى نفسه عنقًا، أي جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجرى. (شرح وقاية)

(٨) وأما في غير المتعارف فالضمان بالإجماع.

(٩) أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف.

(١٠) قوله: "مما يدخل تحت مطلق العقد" لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، وربما لا ينقاد الدابة إلا به، فيكون الإذن ثابتًا منه بالعرف. (كفاية)

(١١) أي بدون الكبح والضرب.

(١٢) في السير.

(١٣) الإذن.

كالمرور في الطريق[١].

وإن استأجرها إلى الحيرة[٢]، فجاوز بها إلى القادسية، ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت[٣] فهو ضامن، وكذلك العارية[٤]، وقيل: تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهبًا لا جائيًا لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة، فلا يصير[٥] بالعود[٦] مردودًا إلى يد المالك معنى[٧]، أما إذا استأجرها ذاهبًا وجائيًا يكون بمنزلة المودع إذا خالف[٨]، ثم عاد إلى الوفاق. وقيل: الجواب مجرى على الإطلاق[٩]، والفرق[١٠] أن المودَع مأمور بالحفظ مقصودًا، فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق[١١]، فحصل الرد إلى يد نائب المالك[١٢]، وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأمورًا به تبعًا للاستعمال[١٣] لا مقصودًا، فإذا انقطع الاستعمال[١٤] لم يبق[١٥] هو نائبًا[١٦]، فلا يبرأ بالعود[١٧]، وهذا[١٨] أصح.

---

(١) أي المرور في طريق العامة فإنه مقيد بشرط السلامة.

(٢) قوله: "إلى الحيرة" بالكسر: مدينة كان يسكنها النعمان ابن المنذر، وهي على رأس ميل من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا، كذا في "المغرب". (ك)

(٣) هلكت.

(٤) قوله: "وكذلك العارية" أي إذا استعار دابة إلى موضع معلوم، وجاوز عنها، ثم عاد إليها، ثم هلكت يضمن. (ك)

(٥) المستأجر.

(٦) من القادسية إلى الحيرة.

(٧) قوله: "مردودًا إلى يد المالك معنى" فإنه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك، والرد إلى النائب رد إلى المالك معنى. (ع)

(٨) حيث يخرج من الضمان بعد العود.

(٩) قوله: "على الإطلاق" يعني سواء استأجرها ذاهبًا لا جائيًا، أو ذاهبًا جائيًا، فإنه لا يبرأ بالعود عن الضمان. (عيني)

(١٠) أي بينه وبين المودع.

(١١) بعد العود إلى الوفاق.

(١٢) أي المودع نفسه، فبرئ من الضمان.

(١٣) قوله: "يصير الحفظ إلخ" يريد به أن المالك ما أمر المستأجر والمستعير بالحفظ قصدًا ونصًا، وإنما أمرهما بالاستعمال والانتفاع، فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع، فإذا جاوز الحيرة صار غاصبًا للدابة، ودخلت في ضمانه، والغاصب لا يبرأ عن الضمان، إلا بالرد على المالك، أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك، ولم يوجد. (ك)

(١٤) بالتجاوز عن الموضع المسمى.

(١٥) فلم يوجد الرد إلى المالك ولا إلى نائبه.

(١٦) أي المستأجر أو المستعير.

(١٧) أي عن الضمان.

(١٨) أي القول الأخير.

ومن اكترى حماراً بسرج، فنزع ذلك السرج، وأسرجه[١] بسرج يسرج بمثله الحمر، فلا ضمان عليه؛ لأنه[٢] إذا كان يماثل الأول يتناوله إذن المالك، إذ لا فائدة في التقييد بغيره[٣]، إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن[٤]، فحينئذٍ يضمن الزيادة، وإن كان[٥] لا يسرج بمثله[٦] الحمر يضمن[٧]، لأنه لم يتناوله الإذن من جهته[٨]، فصار مخالفًا. وإن أوكفه[٩] بإكاف[١٠] لا يؤكف بمثله الحمر يضمن؛ لما قلنا في السرج[١١]، وهذا أولى[١٢]، وإن أوكفه بإكاف يؤكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة[١٣]، وقالا: يضمن بحسابه[١٤]؛ لأنه إذا كان[١٥] يؤكف بمثله الحمر كان هو[١٦] والسرج سواء، فيكون المالك راضيا به، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن، فيضمن الزيادة، لأنه لم يرضَ بالزيادة[١٧]، فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من

(١) أسرجت الفرس إسراجًا: زين نهادم اسب را. (من)

(٢) أي لأن السرج الثاني.

(٣) قوله: "إذ لا فائدة في التقييد بغيره [هو الذي اكترى به ونزعه. ك]" أي من حيث المنع، أي لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها، إذا كان غيره يماثله. (عيني)

(٤) قوله: "إلا إذا كان إلخ" استثناء من قوله: فلا ضمان عليه، يعني ضمن إذا كان السرج الثاني زائدًا على الأول. (عيني)

(٥) السرج الثاني.

(٦) بأن أسرج الحمار بسرج البرذون. (ك)

(٧) القيمة كلها.

(٨) المالك.

(٩) بعد نزع السرج.

(١٠) قوله: "بإكاف" إكاف الحمار بالكسر ويضم: گليم سطبر كه زير پالان بر پشت خر نهند، وبپارسي آنرا خوى گير گويند أكف جمع آكف، آكف الحمار إيكافًا بست خوى گير رابر پشت خر، كذا في "منتهى الأرب". وقال في "رد المحتار": إن هذا المعنى هو الأصل، وفي عرف زماننا الإكاف للحمار ما يركب عليه بمنزلة السرج للفرس.

(١١) من أنه لم يتناوله الإذن.

(١٢) قوله: "وهذا [أي الضمان] أولى" لأنه لما ضمن بالسرج الآخر مع أنه من جنسه، فالضمان بالإكاف مع أنه من خلاف جنسه أولى. (ك)

(١٣) جميع القيمة. (ع)

(١٤) قوله: "وقالا: يضمن بحسابه" تكلموا في معنى هذا، فقيل: المراد المساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها.
وقيل: بحسابه في الثقل والخفة، حتى لو كان وزن السرج منوين، والإكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها. (عيني)

(١٥) الإكاف.

(١٦) الإكاف.

(١٧) فإن الضمان بالزيادة، فكان متعديًا.

جنسه. ولأبي حنيفة: أن الإكاف ليس من جنس السرج، لأنه للحمل والسرج للركوب[١]، وكذا ينبسط أحدهما[٢] على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر، فيكون[٣] مخالفًا كما إذا حمل الحديد[٤] وقد[٥] شرط له الحنطة[٦].

وإن استأجر حمّالا ليحمل له طعامًا في طريق كذا، فأخذ في طريق غيره[٧] يسلكه[٨] الناس فهلك المتاع، فلا ضمان عليه[٩]، وإن بلّغ[١٠] فله الأجر، وهذا[١١] إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت، لأن عند ذلك التقييد[١٢] غير مقيد، أما إذا كان تفاوت[١٣] يضمن لصحة التقييد، فإنه تقييد مفيد[١٤]، إلا أن الظاهر عدم التفاوت[١٥] إذا كان طريقًا يسلكه الناس، فلم يفصل[١٦].

وإن كان طريقًا لا يسلكه الناس فهلك ضمن؛ لأنه صح التقييد فصار مخالفًا، وإن بلّغ[١٧] فله الأجر؛ لأنه ارتفع الخلاف معنًى[١٨]، وإن بقي صورة، وإن حمله في

---

(١) قوله: "لأنه للحمل إلخ" إشارة إلى المخالفة المعنوية، وقوله: وكذا ينبسط إلخ إشارة إلى المخالفة الصورية، فتحققت المخالفة صورةً ومعنًى فيضمن، كما إذا حمل الحديد، وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة ومعنى، أما صورة فظاهر، وأما معنى، فلأن الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة، فيكون أشق، كذا ههنا أيضًا. (ك)

(٢) أي الإكاف.

(٣) أي السرج.

(٤) قوله: "كما إذا حمل الحديد إلخ" فيه نظر لأنه عكس ما نحن فيه من المثال إلا إذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه. (ع)

(٥) الواو حالية.

(٦) أي حمل الحنطة.

(٧) أي غير الطريق الذي عينه المستأجر.

(٨) ولو كان لا يسلكه الناس فحكمه سيجيء.

(٩) لعدم إفادة التقييد.

(١٠) قوله: "وإن بلّغ" -بالتشديد- أي فإن بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترط أن يحمل إليه. (عيني)

(١١) أي عدم الضمان ووجوب الأجر.

(١٢) أي عدم التفاوت.

(١٣) قوله: "أما إذا كان تفاوت [بأن كان السلوك أخوف]" أي بين الطريقين بأن كان الطريق الذي أخذ فيه بالسلوك، أوعر أو أبعد، أو أخوف، فهلك المتاع يضمن. (ك)

(١٤) قوله: "فإنه تقييد مفيد" لأنه إنما قيد ليحفظ متاعه، فإذا خالفه صار متعديا، فيضمن، وإن بلغ المكان فله الأجر لحصول المقصود. (عيني)

(١٥) قوله: "إلا أن إلخ" جواب إشكال يرد على التفصيل، تقريره أن يقال: إن محمدا أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس، ولم يقيد بهذا التفصيل. (عيني)

(١٦) قوله: "فلم يفصل" أي لم يفصل محمد أن الطريق مخوف، أو غير مخوف بل قال: طريق يسلكه الناس. (حميدية)

البحر[١] فيما يحمله الناس في البر ضمّن، لفحش التفاوت بين البر والبحر[٢]، وإن بلّغ[٣] فله الأجر لحصول المقصود، وارتفاع الخلاف معنًى[٤].

ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة[٥] ضمن ما نقصها؛ لأن الرطاب أضر بالأرض[٦] من الحنطة لانتشار عروقها فيها، وكثرة الحاجة إلى سقيها، فكان خلافًا إلى شر[٧]، فيضمن ما نقصها، ولا أجر له[٨]، لأنه[٩] غاصب للأرض على ما قررناه[١٠]. ومن دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه قميصًا بدرهم، فخاطه قباء، فإن شاء ضمّنه قيمة الثوب[١١]، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله، ولا يجاوز به درهمًا. قيل: معناه[١٢] القرطق[١٣] الذي[١٤] هو ذو طاق واحد، لأنه يستعمل[١٥] استعمال القباء[١٦]، وقيل: هو[١٧] مجرى على إطلاقه[١٨]؛ لأنهما[١٩] يتقاربان في

(١٧) أي الحمال المتاع إلى الموضع الذي عينه.

(١٨) قوله: "لأنه ارتفع إلخ" أي ارتفع مخالفة المتسأجر من حيث المعنى لحصول غرض المستأجر وإن بقي الهلاك من حيث الصورة، لأنه سلك غير ما عينه. (عيني)

(١) وهو أمره بالسير في البر.

(٢) خوفًا وأمنًا.

(٣) إلى الموضع الذي عينه.

(٤) لا صورة.

(٥) الرطبة كالقثاء والبطيخ، والباذنجان، وما جرى مجراه عن السمر قندي. (رد المحتار)

(٦) قوله: "أضر بالأرض" فالحنطة يزرع في كل سنة، والرطبة لا تزرع في كل سنة، ولكنها تنمو في كل سنة إلى أن يبلى أصلها، فكان الجنس مختلفًا، ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفيًا للمعقود عليه. (ك)

(٧) قوله: "إلى شر [يصير به المستأجر غاصبًا]" وإن زرع في الأرض ما هو أقل ضررًا من الحنطة يلزمه الأجر المسمى، لأنه خلاف إلى خير، فلم يصر به غاصبًا. (ك)

(٨) قوله: "ولا أجر له [أي للمؤجر على المستأجر]" لأن الأجر والضمان لا يجتمعان إذ الأجر يستلزم عدم التعدي، والضمان يستلزم التعدي، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات. (ع)

(٩) أي لأن المستأجر.

(١٠) قوله: "على ما قررناه" إشارة إلى قوله: لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة إلخ، فلا يكون مستوفيًا ما تناوله العقد. (ك)

(١١) ويكون القباء للخياط، لأنه ملك الثوب بأداء الضمان.

(١٢) أي المراد من القباء.

(١٣) قوله: "القرطق" هو تعريب كرته يك تاهي، والقرطق الذي يلبسه الأتراك مكان القميص يقال له بالفارسية: يكتهي. (عيني)

(١٤) قوله: "الذي" القمص إذا قد من قبل كان قباء طاق، فإذا خيط جانباه كان قميصًا، وهو المراد بالقرطق مثل شيرواني. (رد المحتار)

(١٥) قوله: "يستعمل استعمال إلخ" لأنه يلبس مثل ما يلبس القباء، ويدخل اليدان في الكمين فيه كما في القباء. (عيني)

المنفعة. وعن أبى حنيفة أنه يضمّن من غير خيار[١]؛ لأن القباء خلاف[٢] جنس القميص.

ووجه الظاهر أنه قميص من وجه، لأنه[٣] يشد وسطه، وينتفع به انتفاع القميص[٤]، فجاءت الموافقة والمخالفة، فيميل إلى أيّ الجهتين شاء[٥]، إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة[٦]، ولا يجاوز به الدرهم المسمّى، كما هو الحكم فى سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه[٧] إن شاء الله تعالى.

ولو خاطه سراويل، و قد[٨] أمر بالقباء قيل: يضمن من غير خيار للتفاوت فى المنفعة، والأصح أنه يخير[٩] للاتحاد فى أصل المنفعة[١٠]، وصار كما إذا أمر بضرب طست من شِبه[١١]، فضرب منه كوزًا، فإنه يخير[١٢]، كذا هذا[١٣].

---

(١٦) وفى التبيين لأنه يستعمل استعمال القميص والقباء.

(١٧) أى القباء.

(١٨) قوله: "مجرى على إطلاقه" لأنه أطلق فى الكتاب فدل ذلك على أن الحكم فى الكل واحد، لأنهما يتقاربان فى المنفعة من حيث دفع الحر والبرد، أو ستر العورة، ولكل واحد منهما كمان وذيل ودخريص. (ك)

(١٩) أى لأن القباء والقميص.

(١) لصاحب الثوب.

(٢) قوله: "خلاف" فكان مخالفًا من كل وجه، فكان غاصبًا من كل وجه، وحكم الغاصب من كل وجه والضمان.

(٣) قوله: "لأنه" أى لأنه يمكنه شده، والانتفاع به انتفاع القميص، فصار موافقا من هذا الوجه، وهو مخالف من حيث التقطيع، والقالب، فيميل إلى أيهما شاء. (تبين)

(٤) من ستر العورة ودفع الحر والبرد.

(٥) قوله: فيميل [صاحب الثوب] اهـ" فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمة ثوبه، وترك القباء عليه، وإن مال إلى الوفاق وأخذ الثوب، وأعطاه أجر مثله. (عينى)

(٦) قوله: "لقصور إلخ" لأن صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون القباء. (ع)

(٧) أى فى باب الإجارة الفاسدة.

(٨) الواو حالية.

(٩) قوله: "أنه يخير" إن شاء ضمن الخياط قيمة الثوب والأجر عليه، وإن شاء أخذ المخيط، وأعطاه أجر مثله، ولا يجاوز به المسمى. (عينى)

(١٠) وهو اللبس والستر. (ك)

(١١) قوله: "شبه [كوز شبه -بالكسر ويحرك- كوزه بريختن هو ضرب من النحاس. من]" الشبه -بفتحتين- نوع من النحاس يشبه الذهب وكانوا يتخذون منه الأصنام. (شرح سنن أبى داود)

(١٢) قوله: "فإنه [الآمر] يخير" أى بين أن يأخذ الكوز، وأعطاه أجر مثله، وبين أن يضمن المأمور قيمة الشبه ولا أجر عليه. (عينى)

(١٣) قوله: "كذا هذا" أى فيما إذا خاطه سراويل، وقد أمره بالقباء. (عينى)

باب الإجارة الفاسدة[١]

قال[٢]: الإجارة تفسدها[٣] الشروط كما تفسد البيع؛ لأنه بمنزلته[٤]، ألا ترى[٥] أنه عقد يقال ويفسخ[٦]، والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمّى[٧]، وقال زفر والشافعي: يجب[٨] بالغًا ما بلغ اعتبارًا ببيع الأعيان[٩].

ولنا[١٠]: أن المنافع لا تتقوم بنفسها[١١]، بل بالعقد[١٢] لحاجة الناس، فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها إلا أن الفاسد تبع له[١٣]، فيعتبر ما يجعل بدلا في

---

(١) قوله: "باب الإجارة الفاسدة" تأخير الإجارة الفاسدة من صحيحها لا يحتاج إلى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى. (نت)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "تفسدها الشروط [المخالفة لمقتضى العقد]" مثل أن يستأجر رحى ماء على أنه أن انقطع الماء فالأجر عليه، لأن هذا الشرط مخالف لموجب العقد، فموجب العقد أن لا يجب الأجر إلا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه كل شرط يخالف موجب العقد، فهو مفسد للعقد، لأن الإجارة تثبت على المضايقة والمماكسة، فتفسد بالشرط كالبيع لأن اشتراطه يكون سببًا للمنازعة، ألا ترى أن النكاح لما بنى على المسامحة والمساهلة لا يفسد بالشرط. (ك)

(٤) البيع.

(٥) أيضاح لكونه بمنزلته.

(٦) كالبيع.

(٧) قوله: "والواجب إلخ" المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى إذا كان هناك مسمى معلوم، لأن مجاوزة المسمى إنما تتصور فيه. أما إذا لم يكن هناك أجر مسمى، أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشيء أصلا للقطع بأن المجاوزة تقتضي الحد المعلوم، فيلغو أن يقال: هناك لا يجاوز المسمى بأجر المثل، فصار ملخص المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل.

إلا أن يكون هناك مسمى معلوم، فحينئذٍ لا يجاوز به المسمى بل يجب الأقل منهما، فعلم منه حكم الإجارة الفاسدة مطلقًا، وهو وجوب أجر المثل بالغًا ما بلغ إن لم يكن هناك مسمى معلوم، ووجوب الأقل من أجر المثل، ومن المسمى إن كان هناك مسمى معلوم. (نت)

(٨) أجر المثل.

(٩) قوله: "اعتبارًا ببيع الأعيان" لأن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت، وهذا بناء على أن المنافع عنده كالأعيان. (ع)

(١٠) قوله: "ولنا أن إلخ" أي لنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بعقد، والضروري يتقيد بالضرورة، والضرورة تندفع بالصحيحة، فيكتفى بها، وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الإجارة الفاسدة، إلا أن الفاسد يقع تبعًا للصحيحة، فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة، وهو قدر أجر المثل، وهذا يقتضي لزوم الأجر بالغا ما بلغ لكنهما إذا اتفقا على مقدار في العقد الفاسد سقطت الزيادة، وهذا يقتضي لزوم الأجر المسمى بالغا ما بلغ، لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل، فاستقر الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى. (ع)

(١١) قوله: "لا تتقوم إلخ" لأن التقويم يستدعي الإحراز، وما لا يبقى كيف يحرز. (عيني)

(١٢) أي عقد الإجارة التي هو بيع المنافع.

(١٣) أي للصحيح.

الصحيح عادة[١]، لكنهما[٢] إذا اتفقا على مقدار فى الفاسد، فقد أسقطا الزيادة، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية، بخلاف[٣] البيع، لأن العين متقوم فى نفسه، وهو[٤] الموجب الأصلى، فإن صحت التسمية انتقل عنه[٥] وإلا فلا[٦]. ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور إلا أن يسمى جملة الشهور معلومة[٧]؛ لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له، تنصرف إلى الواحد[٨] لتعذر العمل بالعموم، وكان الشهر الواحد معلوماً[٩]، فصح العقد فيه[١٠]، وإذا تم[١١] كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة[١٢] لانتهاء العقد الصحيح[١٣]، فلو سمى جملة شهور معلومة جاز، لأن المدة صارت معلومة.

قال[١٤]: فإن سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه[١٥]، وليس للمؤاجر أن يخرجه إلى أن ينقضى[١٦]، وكذلك[١٧] كل شهر سكن فى أوله؛ لأنه تم العقد

---

(١) قوله: "فيعتبر [فى الفاسد] ما يجعل إلخ" وهو أجر المثل، وهذا بيان أن المعتبر فى الفاسد أجر المثل، وقوله: ولكنهما إذا اتفقا إلخ بيان أنه لا يزاد على المسمى. (ك)

(٢) المتعاقدان.

(٣) جواب عن قياس زفر.

(٤) القيمة.

(٥) أى انتقل الواجب عن الموجب الأصلى إلى المسمى.

(٦) أى وإن لم يصح التسمية فلا ينتقل الواجب عن الموجب الأصلى الذى هو القيمة.

(٧) بأن يقول: عشرة أشهر كل شهر بدرهم.

(٨) قوله: "تنصرف إلى الواحد" لأنه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها، ولا على ما بين الأدنى والكل لعدم أولوية بعضها، فتعين الأدنى. (ك)

(٩) قوله: "وكان الشهر الواحد معلوماً" والعام يحتمله، فيحمل عليه، وهذا معنى قولهم: والعام إذا لم يمكن إجراءه على العموم يحمل على أخص الخصوص، وهذا الحمل ظنى، فإذا ظهر خلاف هذا الظن، ووجد إمكان العمل به فيما زاد عليه يحمل عليه أيضاً. (أعظمى)

(١٠) أى فى الشهر الواحد.

(١١) أى إذا تم الشهر الواحد.

(١٢) قوله: "أن ينقض إلخ" وهل يلزم أن يكون النقض بمحضر الآخر أو لا؟ اختلف المشايخ فمنهم من يقول: إنه لا يصح من غير محضر من صاحبه على قول أبى حنيفة ومحمد، ويصح على قول أبى يوسف، ومنهم من يقول: إنه لا يصح بغير محضره بلا خلاف. (ع)

(١٣) الذى كان فى شهر واحد.

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) أى فى الشهر الثانى.

بتراضيهما بالسكنى فى الشهر الثانى، إلا أن الذى ذكره فى الكتاب[١] هو القياس[٢]، وقد مال إليه بعض المشايخ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها[٣]، لأن فى اعتبار الأول[٤] بعض الحرج. وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز، وإن لم يبين قسط[٥] كل شهر من الأجرة؛ لأن المدة معلومة بدون التقسيم، فصار كإجارة شهر واحد، فإنه جائز، وإن لم يبين قسط كل يوم.

ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمّى[٦]، وإن لم يسمِّ شيئًا فهو من الوقت الذى استأجره[٧]؛ لأن الأوقات كلها فى حق الإجارة على السواء[٨] فأشبه اليمين[٩]، بخلاف الصوم[١٠]، لأن الليالي ليست بمحل له[١١].

ثم إن كان العقد[١٢] حين يهل الهلال[١٣]، فشهور السنة كلها بالأهلة؛ لأنها هى الأصل[١٤]، وإن كان فى أثناء الشهر فالكل بالأيام[١٥] عند أبى حنيفة، وهو رواية

---

(١٦) الشهر الثانى.

(١٧) أى يصح العقد.

(١) أى القدورى. (ع)

(٢) قوله: "هو القياس" لأن رأس كل الشهر فى الحقيقة هو الساعة التى يهل فيها الهلال، فإذا أهل مضى رأس الشهر، فلا يمكن الفسخ. (عينى)

(٣) قوله: "أن يبقى الخيار إلخ" لأن رأس الشهر فى العرف هى الليلة الأولى ويومها، فيبقى الخيار فيها اعتباراً للعرف. (عينى)

(٤) الحقيقى.

(٥) بهره ونصيب.

(٦) بأن يقول: من شهر رجب من هذه السنة مثلا.

(٧) قوله: "فهو من الوقت إلخ" لأن الظاهر من حال العاقد أن يقصد صحة العقد، وصحته بذلك لتعيينه لعدم المزاحم. (عينى)

(٨) قوله: "على السواء [فيتيقن الزمان الذى يتعقب السبب]" لأن كل الأوقات محل للإجارة، إذ لا منافاة بين الإجارة، وبين وقت ما أصلا. (نت)

(٩) بأن حلف لا يتكلم فلانًا شهراً فهو من يوم حلف. (ك)

(١٠) قوله: "بخلاف الصوم" فإنه إذا نذر أن يصوم شهراً لم يتعين الشهر الذى يلى النذر لأنه يختص الشروع فيه ببعض الأوقات، حتى إن الليل لا تصلح لذلك. (ك)

(١١) فالأوقات كلها ليست فيه على السواء.

(١٢) أى عقد الإجارة.

(١٣) قوله: "حين يهل [أى يبصر. نهاية] إلخ" ليس المراد بقولهم: حين يهل الهلال فى هذه المسألة معناه الحقيقى، وهو أول الليلة من الشهر بل المراد معناه العرفى، وهو اليوم الأول من الشهر. (نتائج الأفكار)

عن أبي يوسف، وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الأول بالأيام[١]، والباقي بالأهلة؛ لأن الأيام يصار إليها ضرورة[٢]، وهي في الأول منها[٣]، وله أنه متى تم الأول[٤] بالأيام[٥] ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة، فهكذا إلى آخر السنة، ونظيره[٦] العدة، وقد مر في الطلاق[٧]. قال[٨]: ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام[٩]، فأما الحمام فلتعارف الناس، ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين[١٠]، قال عليه السلام: «ما رآه المسلمون[١١] حسنًا فهو عند الله حسن»*، وأما الحجام فلما روى[١٢] أنه عليه السلام احتجم[١٣]، وأعطى الحجام الأجرة[١٤]**، ولأنه استئجار على عمل

---

(١٤) في الشهور العربية فلا يعدل عن الأصل ما أمكن.

(١٥) أي ثلاث مائة وستين يومًا. (٦)

(١) قوله: "الأول بالأيام" فيكون أحد عشرشهرًا بالهلال، وشهربالأيام، ويكمل ما بقي من الشهرالأول من الأخير. (٦)

(٢) فلا يتعدى إلى غيره.

(٣) الشهور.

(٤) قوله: "أنه متى إلخ" أي لما تعذر اعتبار الشهر الأول تعذر الثاني أيضًا بالأهلة، لأن الشهر الأول يجب تكميله مما يليه، وإلا لزم لأن يكون الثاني والثالث وجميع الأشهر التي بعده قبل الأول، وهو محال، فإذا كمل من الثاني انتقص الآخر، فيجب تكميله من الذي يليه، وكذا كل شهر إلى آخر المدة. (تبيين)

(٥) من الشهر الثاني.

(٦) في الاعتبار بالشهور أو العدد.

(٧) قوله: "وقد مر إلخ" قال في أول كتاب الطلاق: ثم إن كان الطلاق في أول الشهر يعتبر الشهور بالأهلة، وإن كان في الوسط فبالأيام في حق التفريق، وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة، وعندهما يكمل الأول بالآخر، والمتوسطات بالأهلة، وهي مسألة الإجارات. (٦)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ويجوز أخذ أجرة إلخ" إنما ذكرهما في الإجارة الفاسدة مع كونه جائزًا لأن لبعض الناس فيه خلافًا، فإن بعض العلماء كره غلة الحمام أخذ بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «الحمام شر بيت»، ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء، فكره اتخاذ الحمام للنساء، لأنهن نهين عن البروز، وأمرن بالقرار.
وروى عن أحمد ابن حنبل أنه لم يبح أجرة الحمام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعًا للحاجة، والحاجة في حق النساء أظهر، لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس، ولا يمكن ذلك في الأنهار والحياض، ويمكن للرجل.
وقد صح أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم دخل حمام الجحفة، وتأويل ما روى عن الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة، فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول، ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت. (عناية)

(١٠) قوله: "ولم يعتبر إلخ" إشارة أن الجواب جواب الاستحسان، فإن القياس عدم الجواز للجهالة.

(١١) قوله: "ما رآه المسلمون" قلت: غريب مرفوعًا، ولم أجده إلا موقوفًا على ابن مسعود.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٣٣، والدراية ج٢، الحديث٨٦٣ ص١٨٧. (نعيم)

(١٢) أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس. (ت)

(١٣) قوله عليه السلام: «إن من السحت كسب الحجام» منسوخ. (ك)

معلوم بأجر معلوم، فيقع جائزاً.

قال[١]: ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس[٢]، وهو أن يؤاجر فحلا لينزو[٣] على إناث؛ لقوله عليه السلام: «إن من السحت عسب التيس[٤]»*، والمراد أخذ الأجرة[٥] عليه[٦].

قال: ولا الاستئجار على الأذان والحج[٧]، وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه[٨]، والأصل[٩] أن كل طاعة يختص بها المسلم[١٠] لا يجوز الاستئجار عليه عندنا، وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين[١١] على الأجير، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين[١٢] عليه، فيجوز.

ولنا قوله عليه السلام**: «اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به»[١٣] وفي آخر ما عهد

---

(١٤) ولو كان حرامًا لم يعطه.

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٣٤، والدراية ج٢، الحديث٨٦٤ ص١٨٧. (نعيم)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "ولا يجوز أخذ أجرة إلخ" أي كراء عسب التيس، فإنه أخذ المال بمقابلة ماء مهين لا قيمة له، والعقد عليه باطل، لأنه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به، وهو الإحبال فإن ذلك ليس في وسعه، وهو يبتنى على نشاط الفحل أيضًا.(ك) عسب: برجستن كشن ماده. (من) أي ضرابه وهو مباح بطريق الاستعارة. (ع)

(٣) نزا نزواً: برجست. (من)

(٤) قوله: "إن من السحت إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، ومعناه أخرجه البخاري عن عمر أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن عسب الفحل. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٣٥، والدراية ج٢، الحديث٨٦٥ ص١٨٨. (نعيم)

(٥) قوله: "والمراد إلخ" أشار به إلى تفسير الحديث، فإن نفس العسب ليس من السحت، وإنما المراد أخذ الأجرة عليه، فالمضاف محذوف. (عيني)

(٦) أي على عسب التيس.

(٧) هذا على رأي المتقدمين.

(٨) قوله: "والفقه" قيد بالفقه لأنه يجوز الاستئجار لأجل قراءة العلوم الأدبية كاللغة والنحو والصرف والعلوم الحكمية كالطب والمعقول ونحوهما. (عيني)

(٩) أي الأمر الكلي.

(١٠) قوله: "يختص بها المسلم" أي يختص بملة الإسلام أما إذا لم يختص بها فيجوز، كما إذا استأجر ذميًا على تعليم التوراة يجوز، لأن تعليمها لا يختص بملة الإسلام. (ك)

(١١) قوله: "في كل ما لا يتعين [أي ما لا يجب واجبًا عينًا] إلخ" هذا احتراز عما لو كان متعينًا للإمامة والإفتاء والتعليم، لأنه حينئذ لا يجوز استئجاره بالإجماع. (ك)

(١٢) أي غير واجب.

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٣٥، والدراية ج٢، الحديث٨٦٦ ص١٨٨. (نعيم)

رسول الله عليه السلام إلى عثمان بن أبي العاص[١] : «وإن اتخذت مؤذنًا فلا تأخذ على الأذان أجرًا»*، ولأن القربة متى حصلت وقعت[٢] عن العامل، ولهذا تعتبر أهليته[٣]، فلا يجوز له أن يأخذ الأجر من غيره، كما في الصوم والصلاة[٤].

ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم[٥]، فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه، فلا يصح، وبعض مشايخنا[٦] استحسنوا[٧] الاستئجار على تعليم القرآن اليوم[٨]؛ لأنه ظهر التواني[٩] في الأمور الدينية، ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن[١٠]، وعليه الفتوى.

قال[١١] : ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح[١٢]، وكذا سائر الملاهي[١٣]؛ لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد[١٤].

---

(١٣) رواه أحمد في "مسنده". (ت)

(١) قوله: "وفي آخر ما عهد إلخ" أخرج أبو داود عن عثمان بن أبي العاص، قال: قلت: يا رسول الله! اجعلني إمام قومي، قال: أنت إمامهم، واتخذ مؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٣٩، والدراية ج٢، الحديث٨٦٧ ص١٨٩. (نعيم)

(٢) أي ثوابها.

(٣) قوله: "ولهذا تعتبر أهليته" أي أهلية العامل، ويعتبر نيته لا نية الآمر، ولو انتقل فعل المأمور إلى الآمر يشترط نية الآمر وأهليته كما في الزكاة، فإن ثمة يشترط نية الآمر، وأهليته حتى لو كان المأمور كافرًا يصح أداء الزكاة، لأن المؤدي هو الآمر، وههنا بخلافه، فعلم به أن المؤدي هو المأمور. (ك)

(٤) أي كما لا يجوز أخذ الأجرة على الصلاة والصوم.

(٥) من الذكاء وغيره.

(٦) يريد مشايخ بلخ.

(٧) قوله: "استحسنوا إلخ" وكذا يفتى بجواز الإجارة على تعليم الفقه، وقال الإمام الخيزاخزي: في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجرة، كذا في "الروضة". (ك)

(٨) أي في زماننا. (ع)

(٩) أي الكسل والفتور.

(١٠) قوله: "ففي الامتناع إلخ" فإن المتقدمين من أصحابنا بنوا جوابهم على ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة ومروة المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط، وأما في زماننا فقد انعدم المعنيان جميعًا. (ك)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "والنوح [هو البكاء برفع الصوت على الميت]" ناحت المرأة زوجها، وعليه نوحا گريه وماتم نمود بآواز بلند برشوئي، كذا في "منتهى الأرب"، وفي "رد المحتار": النوح البكاء على الميت وتعديد محاسنه.

(١٣) كضرب الطبل والطنبور.

(١٤) قوله: "لا تستحق إلخ" لأن عقد الإجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعًا، ولا يجوز أن يستحق على

قال[١]: ولا يجوز إجارة المشاع[٢] عند أبي حنيفة إلا من الشريك، وقالا[٣]: إجارة المشاع جائزة[٤]، وصورته أن يؤجر نصيبًا من داره[٥]، أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك.

لهما أن للمشاع منفعة[٦]، ولهذا يجب[٧] أجر المثل، والتسليم ممكن[٨] بالتخلية، أو بالتهايؤ[٩]، فصار كما إذا آجر من شريكه[١٠]، أو من رجلين[١١]، وصار كالبيع[١٢]. ولأبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز، وهذا لأن تسليم المشاع وحده[١٣] لا يتصور[١٤]، والتخلية[١٥] اعتبرت تسليمًا[١٦] لوقوعه تمكينًا، وهو[١٧] الفعل الذي يحصل به التمكن، ولا تمكن في المشاع[١٨]، بخلاف البيع[١٩]

المرء شيء يكون به عاصيًا شرعًا كيلا يصير المعصية مضافة إلى الشرع. (ك)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) فيما يقسم كالأرض وفيما لا يقسم كالعبد.

(٣) وفي المغني الفتوى على قولهما. (ك)

(٤) قوله: "جائزة" بشرط أن يبين نصيبه، وإن لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح. (تبيين)

(٥) أي نصف عبده أو نصف دابته.

(٦) فيجوز، فإن مدار الإجارة على المنفعة.

(٧) قوله: "ولهذا يجب" أي لكون المشاع له منفعة معلومة يجب أجر المثل عند أبي حنيفة إذا سكن المستأجر فيها، فهذا دليل على أن للمشاع منفعة، إذ لو لم يكن له منفعة لما وجب شيء، كما إذا استأجر جحشًا أو أرضًا سبخة. (مل)

(٨) قوله: "والتسليم ممكن" جواب عما يقال: إنه إجارة مالا يقدر على تسليمه، فأجاب بأن التسليم ممكن بالتخلية، بأن يرفع الشريك المؤجر متاعه من الدار، وخلى بينها وبين المستأجر، أو بالتهايؤ، وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به، وحقيقته أن يرضى كل واحد بحالة واحدة، ويختارها. (عيني)

(٩) باهم ساز داري وموافقت كردن. (من)

(١٠) قوله: "كما إذا آجر من شريكه" فلو كان الشيوع مانعا لما جاز من شريكه. (عيني)

(١١) قوله: "أو من رجلين" أي كما إذا آجر من رجلين فإنه يجوز، وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعًا. (عيني)

(١٢) قوله: "وصار كالبيع" أي صار حكم التخلية ههنا كحكم التخلية في البيع من حيث إن التخلية تسليم فيه. (عيني)

(١٣) قوله: "لأن تسليم المشاع [سواء كان مما يحتمل القسمة كالدار أو لا كالعبد] إلخ" وما لا يتصور تسليمه لا يصح إجارته لعدم الانتفاع به والإجارة عقد على المنفعة. (مل)

(١٤) قوله: "لا يتصور" لأن التسليم إنما يتم بالقبض والقبض أمر حسي، وهو لا يرد الأعلى المعين والمشاع غير معين. (ك)

(١٥) قوله: "والتخلية إلخ" جواب عن قولهما، والتسليم ممكن بالتخلية، وهو أن التخلية اعتبرت تسليمًا إذا كان تمكينًا من الانتفاع، وإنما يكون تمكينًا إذا حصل بها التمكن، والتمكن لا يحصل به، فلم يعتبر فعله تمكينًا بخلاف البيع لحصول التمكن ثمة من البيع والإعتاق، وغير ذلك. (ك)

(١٦) لا لذاته.

(١٧) أي التمكين.

لحصول التمكن فيه[١].

وأما التهايؤ[٢] فإنما يستحق حكمًا للعقد بواسطة الملك، وحكم العقد يعقبه[٣]، والقدرة على التسليم شرط العقد، وشرط الشيء يسبقه، ولا يعتبر[٤] المتراخي سابقًا، وأما إذا آجر من شريكه[٥]، فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع[٦]، والاختلاف في النسبة[٧] لا يضره[٨]، على أنه[٩] لا يصح في رواية الحسن[١٠] عنه[١١]، وبخلاف الشيوع[١٢] الطارئ[١٣]، لأن القدرة على التسليم ليس

---

(١٨) من الانتفاع حسًا.

(١٩) قوله: "بخلاف البيع" لأن المقصود به ليس الانتفاع بل ملك الرقبة، ولهذا جاز بيع الجحش، فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا، فإن الملك أمر حكمي، وأما الانتفاع فهو أمر حسي. (مل)

(١) البيع.

(٢) قوله: "وأما التهايؤ إلخ" جواب عن قولهما: أو بالتهايؤ، وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك، فهو متأخر عن العقد الموجب للملك، وهو منتفٍ لانتفاء شرطه، وهو القدرة على التسليم، ولا يمكن إثباته بالتهايؤ، لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء مما يتأخر عنه، ثبوتًا. (عناية)

(٣) أي العقد.

(٤) أي التهايؤ.

(٥) جواب عن قولهما: فصار كما إذا آجر من شريكه.

(٦) قوله: "فالكل [أي كل المنافع] يحدث على ملكه إلخ" وهذا بخلاف الرهن، لأن بالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه، وهو الحبس الدائم إذا لا تصور له، وفي هذا الشريك والأجنبي سواء.

فأما ههنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه، وهو المنفعة بل إنما يتعذر التسليم، وذلك لا يوجد في حق الشريك، وبخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء. (ك)

قوله: "على ملكه" فإن البعض له بحكم الملك والبعض بحكم الإجارة، فكل المنفعة يحدث على ملكه فلا شيوع. (عيني)

(٧) قوله: "والاختلاف إلخ" جواب عما يقال: سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة، لأن الشريك منتفع بنصيبه بنسبة الملك، وبنصيب شريكه بالاستئجار، فيكون الشيوع موجودًا. (ع)

(٨) قوله: "لا يضره" أي لا يضر كون حدوث كل الانتفاع على ملكه، لأنه لا عبرة لاختلاف الأسباب مع اتحاد الحكم. (مل)

(٩) أي أن عقد إجارة المشاع من شريكه.

(١٠) قوله: "لا يصح إلخ" فجعله كالرهن على هذه الرواية، لأن استيفاء المنفعة التي تناولها العقد لا يتأتى إلا بغيرها، وهو منفعة نصيبه، وذلك مفسد لعقد الإجارة كمن استأجر أحد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز، لأن استيفاء المعقود عليه مما يناوله العقد لا يمكن إلا بما لم يتناوله العقد. (ك)

(١١) أي عن الإمام أبي حنيفة.

(١٢) قوله: "وبخلاف إلخ" مقصود المصنف من قوله هذا دفع إشكال يرد على دليل أبي حنيفة، وهو أن الشيوع الطارئ لا تفسد الإجارة بالإجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك. (نت)

(١٣) قوله: "الطارئ [طريان بر سرچيزى در آمدن وناگه پيد شدن. كنز]" بأن آجر رجل من رجلين، ثم مات أحد المستأجرين، أو آجر رجلان من رجل، ثم مات أحد المؤاجرين، فإنه يبقى الإجارة في نصيب الآخر شائعًا. (ك)

بشرط للبقاء، وبخلاف ما إذا آجر من رجلين[١]، لأن التسليم يقع جملة[٢]، ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ[٣].

قال[٤]: ويجوز استئجار الظئر[٥] بأجرة معلومة[٦]؛ لقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن[٧]﴾، ولأن التعامل به[٨] كان جاريًا[٩] على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله، وأقرهم[١٠] عليه*، ثم قيل[١١]: إن العقد يقع على المنافع، وهي خدمتها للصبي، والقيام به[١٢]، واللبن يستحق على طريق التبع[١٣] بمنزلة الصبغ في الثوب[١٤].

وقيل[١٥]: إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة، ولهذا لو أرضعته[١٦] بلبن شاة لا تستحق الأجر[١٧]، والأول أقرب إلى الفقه[١٨]؛ لأن عقد الإجارة لا ينعقد على

---

(١) جواب عما قالا.

(٢) قوله: "يقع جملة [لأن العقد أضيف إلى كل الدار ولا شيوع فيه]" فإن تسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر، ثم المهايأة بعد ذلك يكون بين المستأجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين، فهو جائز لوجود المعقود عليه. (ك)

(٣) قوله: "طار [أي بعد ثبوت الملك لهما]" فإن قلت: الشيوع مقارن لا طار فإنها عقد مضاف تنعقد ساعة فساعة، فكان الطارئ كالمقارن قلت: بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه، لأنها عقد لازم، فلا يكون مقارنًا. (تاج الشريعة)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) ظئر –بالكسر– شير ده بچه غير را. (من)

(٦) ولو كانت الأجرة مجهولة لا تصح.

(٧) قوله: "فإن أرضعن [زوجات] لكم إلخ" المراد بعد الطلاق، أي فإن أرضعن أولادكم لأجلكم فأعطوهن أجورهن أمر باتيان أجورهن، فيكون دليلا على جواز إجارة الظئر. (عيني)

(٨) أي باستئجار الظئر.

(٩) كذا قال على القاري في "شرح النقاية".

(١٠) النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٤٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٦٧ ص١٨٩. (نعيم)

(١١) وهو اختيار صاحب "الذخيرة". (ع)

(١٢) أي بأموره.

(١٣) قوله: "على طريق التبع" لأن اللبن عين، والعين لا يستحق بعقد الإجارة كلبن الأنعام. (عيني)

(١٤) أي استأجر صباغًا يصبغ له الثوب فالعقد وارد على فعل الصبغ، والصبغ يدخل تبعًا. (نت)

(١٥) هو اختيار شمس الأئمة السرخسي.

(١٦) أي الصغير.

(١٧) فدل على أن اللبن غير تابع بل معقود عليه.

إتلاف الأعيان مقصوداً كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها[١]، وسنبين العذر[٢] عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى، وإذا ثبت[٣] ما ذكرنا[٤] يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة.

قال[٥]: ويجوز بطعامها وكسوتها[٦] استحساناً عند أبي حنيفة، وقالا: لا يجوز؛ لأن الأجرة مجهولة[٧]، فصار كما إذا استأجرها[٨] للخبز[٩] والطبخ.

وله أن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة، لأن فى العادة التوسعة على الآظار[١٠] شفقة على الأولاد، فصار كبيع قفيز[١١] من صبرة[١٢]، بخلاف الخبز والطبخ، لأن الجهالة فيه تفضى إلى المنازعة. وفى "الجامع الصغير"[١٣]: فإن سمى الطعام دراهم، وصف جنس الكسوة، وأجلها وذروعها فهو جائز، يعنى بالإجماع، ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم[١٤]، ثم يدفع الطعام مكانها، وهذا[١٥] لا جهالة فيه. ولو سمى الطعام[١٦]، وبين قدره جاز أيضاً لما قلنا[١٧]، ولا يشترط تأجيله؛ لأن

---

(١٨) أى العلم بسر الشريعة.

(١) فإنه لا يجوز.

(٢) قوله: "وسنبين العذر" أى الجواب عن قول أهل المقالة الثانية، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا يستحق الأجر. (عينى)

(٣) قوله: "وإذا ثبت إلخ" فإن قيل: قد علم من أول المسألة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام، قلت: أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا، ثم رجع إلى إثباتها بالقياس. (ع)

(٤) أى جواز الإجارة بأحد الطريقين.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى جازت بأجرة معلومة كسائر الإجارات، وبطعامها وكسوتها. (ع)

(٧) قوله: "لأن الأجرة مجهولة" لأن الطعام مجهول الجنس والقدر، والصفة، وكذا الكسوة. (عينى)

(٨) بطعامها وكسوتها. (كافى)

(٩) خبز –بالفتح– نان پختن. (من)

(١٠) جمع ظئر.

(١١) القفيز: ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف، كذا قال العينى.

(١٢) فإنه يجوز وللبائع أن يعطى من أى جانب شاء، لأن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة.

(١٣) ذكر رواية "الجامع الصغير" إشارة إلى ما هو مجمع عليه بمعرفة الجنس والأجل والقدر. (ع)

(١٤) قوله: "ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل إلخ" قال صاحب "النهاية": هذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ، وقد وجه بعضهم بأن الطعام منصوب على نزع الخافض أى للطعام، أو المراد بالتسمية هو التعين أى عين الطعام بدراهم. (مل)

(١٥) أى جعل الأجرة على هذا الوجه. (ع)

(١٦) الذى هو أجرة.

(١٧) إشار به إلى قوله: لا جهالة فيه. (عينى)

أوصافها أثمان[١]، ويشترط[٢] بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة، خلافًا لهما، وقد ذكرناه في البيوع[٣].

وفي الكسوة[٤] يشترط بيان الأجل أيضًا مع بيان القدر والجنس؛ لأنه[٥] إنما يصير دينًا في الذمة إذا صار مبيعًا، وإنما يصير مبيعًا عند الأجل كما في السلم.

قال: وليس للمستأجر أن يمنع زوجها[٦] من وطئها؛ لأن الوطئ حق الزوج، فلا يتمكن[٧] من إبطال حقه، ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به[٨] صيانة لحقّه إلا أن المتسأجر يمنعه عن غشيانها[٩] في منزله، لأن المنزل حقه.

فإن حبلت[١٠] كان لهم[١١] أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها؛ لأن لبن الحامل يفسد الصبي، فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت[١٢] أيضًا، وعليها[١٣] أن تصلح طعام الصبي؛ لأن العمل عليها[١٤]. والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب، فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي[١٥]، وإصلاح الطعام وغير ذلك، فهو على الظئر، أما الطعام[١٦] فعلى والد الولد، وما ذكر محمد

---

(١) قوله: "لأن أوصافها أثمان [فلا يشترط تأجيلها. نت]" يعني أن المكيل والموزون إذا كان موصوفًا غير مشار يثبت دينًا في الذمة، والدين تارة تصير مؤجلا وتارة معجلا كالدراهم والدنانير، بخلاف الثوب، فإنه لا يثبت دينًا في الذمة إلا في السلم، ويشترط بيان الأجل في السلم، فكذا إذا استأجرها بثياب موصوفة. (ك)

قوله: "لأن أوصافها" مرجع الضمير الطعام بتأويل كونها أجرة. (نت)

(٢) إن كان حمل ومؤنة. (ع)

(٣) في باب السلم.

(٤) يعني إذا استأجرها بثياب يشترط فيها جميع شرائط السلم.

(٥) أي لأن وجوب الكسوة.

(٦) الظئر.

(٧) المستأجر.

(٨) أي بعقد الإجارة.

(٩) غشي فلانة عشيانًا -بالكسر- كائيد آن را وفرو گرفت او را بمجامعت. (من)

(١٠) الظئر.

(١١) أي لأهل الصغير.

(١٢) الظئر.

(١٣) الظئر.

(١٤) يعني العمل الراجع إلى منفعة الصبي.

(١٥) قوله: "من غسل ثياب إلخ" أي إذا تلطخ من النجاسة، أما لا يجب غسل الثياب بسبب الوسخ والدرن. (حميدية)

(١٦) أي نفس الطعام.

أن الدهن والريحان[١] على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة.

وإن أرضعته[٢] فى المدة بلبن شاة فلا أجر لها[٣]؛ لأنها لم تأتِ بعمل مستحق عليها، وهو الإرضاع، فإن هذا إيجار[٤]، وليس بإرضاع، فإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى[٥] أنه[٦] اختلف العمل.

قال[٧]: ومن دفع إلى حائك غزلا[٨] لينسجه[٩] بالنصف، فله أجر مثله[١٠]، كذا إذا استأجر حمارًا ليحمل عليه طعامًا بقفيز منه[١١]، فالإجارة فاسدة؛ لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله، فيصير فى معنى قفيز الطحان[١٢]، وقد نهى النبى عليه السلام عنه[١٣]*، وهو أن يستأجر ثورًا[١٤] ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه، وهذا[١٥] أصل كبير يعرف به فساد كثير[١٦] من الإجارات، لا سيما فى ديارنا[١٧].

(١) قوله: "والريحان" بالفتح: گياهى ست خوشبوے بفارسى شاهپرم وبهندى نار بوست بوى آن دافع وبا، ومانع درد سر محرورين، وباهر گياه كه بوى خوش دارد، كذا فى "منتهى الأرب".

وبمعنى گلهائيكه سواى گل سرخ باشند، كذا فى "الغياث"، وقال فى "المغرب": الرياحين جمع ريحان وهو كل ما طاب ريحه من النبات أوالشا هسفرم وعند الفقهاء الريحان مالساقة رائحة طيبة كما لورقه كالآس والورد ما لورقه رائحة فحسب كالياسمين.

(٢) الظئر.

(٣) هذا هو العذر الموعود قبله وسنبين العذر.

(٤) قوله: "فإن هذا إيجار [إيجار دارد در دهان كسى ريختن. من]" إيجار مصدر أوجرته إذا صببت فى وسط فمه دواء. (عينى)

(٥) قوله: "فإنما لم يجب الأجر إلخ" أى إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن، فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الإرضاع والعمل دون العين، وهو اللبن. (عينى)

(٦) بدل من قوله: هذا المعنى.

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) رشته.

(٩) نسج بافتن. (من)

(١٠) أى الأجر وهو نصف الثوب المنسوج، فإن هذا حكم الإجارة الفاسدة.

(١١) أى من ذلك الطعام المحمول.

(١٢) قوله: "فيصير فى معنى إلخ" فإن قيل: إذا كان عرف دياره على ذلك. فهذا يترك به القياس، قيل: لأنه فى معناه من كل وجه، فكان ثابتا بدلالة النصوص، ومثله لا يترك بالعرف، فإن قيل: لا يترك بل يخصص عن الدلالة، قيل: لا عموم لها حتى خص عرف ذلك فى موضعه. (ع)

(١٣) قوله: "وقد نهى النبى إلخ" قلت أخرج الدارقطنى، ثم البيهقى فى "سننهما" فى كتاب البيوع عن أبى سعيد الخدرى قال: نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٤٠، والدراية ج٢، الحديث٨٦٨ ص١٩٠. (نعيم)

(١٤) نر گاؤ.

والمعنى[١] فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر[٢]، وهو بعض المنسوج[٣] أو المحمول[٤]، وحصوله بفعل الأجير، فلا يعد هو قادرًا بقدرة غيره.
وهذا[٥] بخلاف ما إذا استأجره[٦] ليحمل نصف[٧] طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر[٨]، لأن المستأجر ملك الأجر[٩] في الحال بالتعجيل، فصار[١٠] مشتركًا بينهما، ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما[١١] لا يجب الأجر، لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه[١٢] فيه، فلا يتحقق تسليم المعقود عليه. ولا يجاوز بالأجر[١٣] قفيزًا[١٤]؛ لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى، ومن أجر المثل لأنه[١٥] رضى بحط الزيادة[١٦]، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا[١٧]

---

(١٥) أى جعل الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير، أى قفيز الطحان. (حميدية)
(١٦) كما إذا استأجر لأن يعصر له سمسمًا بمن من دهنه.
(١٧) من بلاد فرغانه وراء جيحون ومدينة مرغينان.
(١) أى المعنى الفقهى فى عدم جواز ذلك.
(٢) عند العقد.
(٣) فى مسألة الحائك.
(٤) فى مسألة استئجار الحمار.
(٥) قوله: "وهذا" أى الذى ذكرنا من فساد الإجارة فيما إذا استأجر حمارًا ليحمل طعامًا بقفيز منه. (عينى)
(٦) قوله: "بخلاف ما إذا استأجره إلخ" وفى المسألة الأولى الحنطة صارت مجهولة بعمل الأجير، فكان فى معنى قفيز الطحان، فيكون فاسدا، فيجب أجر المثل. (عينى)
(٧) قوله: "نصف [أى نصف هذا الطعام]" قيد بالنصف لأنه لو استأجره ليحمل الكل بنصفه لا يكون شريكًا، فيجب أجر المثل. (رد المحتار)
(٨) قوله: "حيث لا يجب له الأجر [لا المسمى ولا أجر المثل. رد المحتار]" فيه نظير كيف يقول: لا يجب لأنه قد وجب وقبض وهو نصف الطعام. (عينى)
(٩) قوله: "ملك الأجر إلخ" فإن تسليم الأجرة بحكم التعجيل يوجب الملك فى الأجرة. (ع)
(١٠) قوله: "فصار [أى الطعام]" وفيه إشكالان، أحدهما: أن الإجارة فاسدة، والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينًا أو دينًا، فكيف ملكه ههنا من غير تسليم، ومن غير شرط التعجيل.
والثانى أنه قال: ملكه فى الحال، وقوله: لا يستحق الأجر ينافى الملك، لأنه لا يملكه، إذا ملكه إلا بطريق الأجرة، فإذا لم يستحق شيئًا فكيف يملكه، وبأى سبب يملكه. (رد المحتار)
(١١) أى بين المؤجر والمستأجر.
(١٢) كما هو عامل لغيره.
(١٣) قوله: "ولا يجاوز بالأجر إلخ" متصل بقوله: وكذا إذا استأجر حمارًا يحمل عليه طعامًا بقفيز منه. (عناية)
(١٤) وفيما هو فى معنى قفيز الطحان لا يجاوز بالأجر المسمى. (ك)
(١٥) أى لأن مؤجر الحمار.
(١٦) على المسمى.

فى الاحتطاب[١] حيث يجب الأجر بالغًا ما بلغ عند محمد[٢]، لأن المسمى[٣] هناك غير معلوم، فلم يصح الحط.

قال[٤]: ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم[٥] اليوم[٦] بدرهم فهو فاسد[٧]، وهذا عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد فى الإجارات[٨]: هو جائز؛ لأنه يجعل المعقود عليه عملا[٩]، ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحًا للعقد، فترتفع الجهالة. وله أن المعقود عليه مجهول[١٠]؛ لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة[١١] معقودًا عليها، وذكر العمل يوجب كونه معقودًا عليه، ولا ترجيح[١٢]، ونفع المستأجر فى الثانى[١٣]، ونفع الأجير فى الأول[١٤]، فيفضى إلى المنازعة[١٥].

وعن أبى حنيفة أنه يصح الإجارة، إذا قال: فى اليوم، وقد[١٦] سمى عملا؛

(١٧) والأجرة نصف الحطب.

(١) حيث احتطب أحدهما وجمعه الآخر. (كافى)

(٢) قوله: "عند محمد" وأما عند أبى يوسف فلا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك لأنه رضى بنصف المسمى حيث اشتركا، وهذا إذا احتطب أحدهما، وجمع الآخر، وأما إذا احتطبا جميعًا، وجمعًا جميعًا فهما مشتركان على السواء. (عناية)

(٣) أى نصف الحطب. (ع)

(٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٥) قوله: "العشرة المخاتيم إلخ" المخاتيم جمع مختوم، وهو الصاع سمى به لأنه يختم أعلاه كيلا يزاد، ولا ينقص، وإضافة العشرة إلى المخاتيم من باب الخمسة الأثواب على مذهب الكوفيين. (ع)

(٦) منصوب على الظرفية.

(٧) أى هذا العقد.

(٨) أى فى كتاب الإجارات من "المبسوط"، ولم يذكره فى "الجامع الصغير". (تبيين)

(٩) قوله: "لأنه يجعل المعقود عليه عملا [لأن العمل هو المقصود فى الإجارات]" دون اليوم فإذا فرغ عنه نصف النهار فله الأجر كاملا، فإن لم يفرغ عنه فى اليوم، فعليه أن يعمله فى الغد، لأن المعقود عليه هو العمل، لأنه المقصود، وهو معلوم، وذكر اليوم للتعجيل، فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه فى أول أوقات الإمكان، فيحمل عليه تصحيحًا للعقد عند تعذر الجمع بينهما، ويرجح بكون العمل مقصودًا دون الوقت. (تبيين)

(١٠) قوله: "مجهول [وجهالة المعقود عليه يفسد العقد. ك]" أى جهالة مفضية إلى النزاع، فإنه ذكر شيئين مختلفين يصلح كل واحد منهما أن يكون معقودًا عليه. (مل)

(١١) أى منفعة الأجير.

(١٢) قوله: "ولا ترجيح" أقول: لقائل أن يقول: لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحًا لكون العمل معقودًا عليه. (نت)

(١٣) أى كون العمل معقودًا عليه، حتى لا يجب الأجر عليه إلا بتسليم العمل. (ع)

(١٤) أى كون المنفعة معقودًا عليها، لاستحقاقه بتسليم نفسه وإن لم يعمل. (ع)

(١٥) قوله: "فيفضى إلى المنازعة" فإن مضى اليوم، ولم يفرغ من العمل جاز أن يطالب الأجير أجره نظرًا إلى الأول، وهو أن المعقود عليه الوقت، ويمتنع المستأجر نظرًا إلى الثانى، وهو أن المعقود عليه العمل. (ع)

(١٦) الواو حالية.

لأنه للظرف[١]، فكان المعقود عليه العمل، بخلاف قوله: اليوم[٢]، وقد مر مثله في الطلاق[٣]. قال[٤]: ومن استأجر أرضًا على أن يكربها[٥]، ويزرعها، ويسقيها فهو جائز؛ لأن الزراعة مستحقة بالعقد، ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب، فكان كل واحد منهما مستحقًا، وكل شرط هذه صفته[٦] يكون من مقتضيات العقد، فذكره لا يوجب الفساد فإن شرط أن يثنيها، أو يكرى[٧] أنهارها، أو يسرقنها[٨] فهو فاسد؛ لأنه يبقى أثره[٩] بعد انقضاء المدة، وإنه ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين[١٠]، وما هذا حاله يوجب الفساد، ولأن مؤاجر الأرض يصير مستأجرًا منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة، فيصير صفقتان في صفقة، وهو منهي عنه. ثم قيل: المراد بالتثنية أن يردها[١١] مكروبة، ولا شبهة في فساده[١٢]، وقيل: أن يكربها مرتين، وهذا[١٣] في موضع يخرج الأرض[١٤] الريع[١٥] بالكراب مرة، والمدة[١٦] سنة واحدة[١٧]، وإن كانت ثلاث سنين لا يبقى[١٨] منفعته[١٩]، وليس

---

(١) قوله: "لأنه للظرف [أي لأن في للظرف لا للمدة. عيني]" والظرف لا يقتضي استيعاب المظروف فلا يكون ذلك إعلامًا للمنفعة، فلا يصلح المنفعة معقودًا عليها حينئذ، فيصير العمل هو المعقود عليه. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف قوله: اليوم" لأنه للمدة، لأنه بدون في، فيستغرق جميع الظرف، فيصلح أن يكون معقودًا عليه، ويلزم الجهالة. (عيني)

(٣) قوله: "في الطلاق" أي في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في مسألة أنت طالق في غد، وقال: نويت آخر النهار. (ك)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) قوله: "أن يكربها [من كرب الأرض كرابًا قلبها للحرث. عيني]" الكرب هو إثارة الأرض للزراعة كالكراب. (رد المحتار)

(٦) أي يكون من مناسبات العقد.

(٧) أي يحفر.

(٨) السرقنة جعل السرقين في الأرض وفيه نفع عظيم.

(٩) أي أثر كل واحد من التثنية والكري والسرقنة.

(١٠) أي رب الأرض.

(١١) أي الأرض إلى رب الأرض.

(١٢) قوله: "ولا شبهة في فساده" لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع أحد العاقدين، وهو المؤجر. (شرح الوقاية)

(١٣) أي الفساد.

(١٤) قوله: "موضع يخرج إلخ" قيد بهذين القيدين لأنه لو كانت الأرض في بلد تحتاج إلى تكرر الكراب لتخرج الريع لا يكون هذا الشرط مفسدًا للعقد، لأنه يكون من مقتضيات العقد حينئذ، وكذا لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا يبقى منفعته لا يفسد العقد. (ك)

(١٥) ريع دخلي كه از زرع پيدا شود. (كنز اللغات)

المراد بكرى الأنهار الجداول[١]، بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح[٢]، لأنه يبقى[٣] منفعته[٤] فى العام القابل.

قال[٥]: وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه[٦]، وقال الشافعى: هو جائز، وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى[٧]، واللبس باللبس، والركوب بالركوب. له أن المنافع بمنزلة الأعيان[٨]، حتى جازت[٩] الإجارة بأجرة دين[١٠]، ولا يصير[١١] دينا بدين. ولنا: أن الجنس بانفراده يحرم النساء[١٢] عندنا، فصار[١٣] كبيع القوهى بالقوهى نسيئة، وإلى هذا أشار محمد[١٤]، ولأن الإجارة

---

(١٦) أى مدة الإجارة.

(١٧) فيبقى أثر الكراب الثانى بعدها.

(١٨) قوله: "لا يبقى" وكذا يصح فى بلاد لو كربت الأرض مراراً لا يبقى منفعتها إلى العام الثانى.

(١٩) أى منفعة الكراب الثانى.

(١) جمع جدول وهو النهر الصغير.

(٢) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول من قال: بأن المراد منها الجداول. (كفاية)

(٣) دليل الفساد فى شرط كرى الأنهار العظام.

(٤) أى منفعة الكرى الأنهار العظام.

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) أى فلا يجوز.

(٧) قوله: "إجارة السكنى إلخ" بأن آجر داره ليسكنها بسكنى دار أخرى، أو ثوبا ليلبسه بلبس ثوب آخر، أو دابة ليركبها بركوب دابة أخرى. (عينى)

(٨) فيكون بيع الموجود بالموجود.

(٩) قوله: "حتى جازت" ولو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين، وهو لا يجوز.

(١٠) أى بأجرة هى دين على المؤاجر.

(١١) أى الإجارة بأجرة دين.

(١٢) قوله: "يحرم النساء" بخلاف ما إذا اختلف الجنس، لأن النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام كما لو أسلم قوهياً فى مروى. (ك)

قوله: "يحرم النساء [ففى المنافع وجد اتحاد الجنس المحرم]" النساء مع المد التأخير، يقال: بعته بنساء، ونسيئة بمعنى، ومنه نسأ الله فى أجلك، كذا فى "المغرب". وقال فى "منتهى الأرب": نسأ تأخير كردن وزمان دادن، يقال: نسأه الله فى أجله، ونساء كسماء درازى عمر، ونساء القوم آخرهم.

قوله: "يحرم النساء" بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام، كما لو أسلم قوهياً فى مروى.(ك) أجيب أنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه، ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ فى وجوب التأخير من المشروط، فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة. (عينى)

(١٣) قوله: "فصار" أى صار حكم هذه الإجارة كحكم بيع الثوب القوهى بالثوب القوهى إلى أجل، وهو بضم القاف وسكون الواو، وكسر الهاء نسبة إلى قوهستان، كور هسن كور فارس، وإنما لم يجز البيع ههنا لأن أحد صفتى

جوزت بخلاف القياس للحاجة، ولا حاجة عند اتحاد الجنس، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة[١].

قال[٢]: وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه، أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه[٣] فحمل الطعام كله، فلا أجر له[٤]. وقال الشافعي: له المسمى، لأن المنفعة عين عنده، وبيع العين شائعًا جائز[٥]، فصار كما إذا استأجر دارًا مشتركة بينه[٦] وبين غيره[٧] ليضع فيها الطعام، أو عبدًا مشتركًا ليخيط له[٨] الثياب. ولنا: أنه[٩] استأجره لعمل لا وجود له[١٠]، لأن الحمل فعل حسى لا يتصور فى الشائع[١١]، بخلاف البيع[١٢]، لأنه تصرف حكمى[١٣]، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر، ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه، فيكون عاملا لنفسه[١٤]، فلا يتحقق التسليم، بخلاف[١٥] الدار المشتركة، لأن المعقود

علة الربا كاف فى حرمة النسأ وهو الجنس. (عينى)

(١٤) قوله: "وإلى هذا [أى إلى هذا الطريق] أشار محمد" وهو ما حكى أن ابن سماعة كتب من بلخ إلى محمد بن الحسن فى هذه المسألة وقال: لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار؟ فكتب محمد فى جوابه أنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة، وجالست الحنائى فكانت منك زلة، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نسأ، والحنائى اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل، ويقول: لا برهان لكم عليها، كذا فى "شرح الجامع الصغير" لفخر الإسلام و "الفوائد الظهيرية". (نت)

(١) بأن استأجر ركوبًا بلبس فيجوز لتحقق الحاجة.

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٣) من الطعام.

(٤) لا المسمى ولا أجر المثل.

(٥) فكذا إجارة المشاع.

(٦) أى بين المستأجر.

(٧) حيث يجب الأجر.

(٨) أى للمستأجر.

(٩) أى أن أحد الشريكين استأجر الآخر أو حماره.

(١٠) أى لا يتميز وجوده.

(١١) قوله: "لا يتصور فى الشائع" لأن الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين. (عينى)

(١٢) جواب عن قياس الشافعى على البيع.

(١٣) قوله: "لأنه تصرف حكمى" أى شرعى والتصرف فى الشائع شائع شرعا كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه. (مل)

(١٤) قوله: "فيكون عاملا إلخ" لأن كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله إلى الغير، وبدون التسليم لا يجب الأجر، غاية الأمر أنه عامل للغير أيضًا لكن جعله عاملا لنفسه أولى لأن الأصل أن الإنسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تمليك المنافع المعدومة، ولأنه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الأجر، ولو كان عاملا للغير يجب، فلا يجب بالشك، ولا

عليه هنالك المنافع [(١)]، ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام [(٢)]، وبخلاف العبد [(٣)]، لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه [(٤)]، وأنه أمر حكمى يمكن إيقاعه فى الشائع [(٥)].

ومن استأجر أرضًا [(٦)]، ولم يذكر أنه يزرعها، أو أىّ شيء يزرعها [(٧)]، فالإجارة فاسدة، لأن الأرض تستأجر للزراعة، ولغيرها [(٨)]، وكذا ما يزرع فيها مختلف، فمنه ما يضر بالأرض [(٩)]، وما لا يضر بها غيره [(١٠)] فلم يكن المعقود عليه معلومًا. فإن زرعها [(١١)] ومضى الأجل [(١٢)] فله المسمّى، وهذا استحسان، وفى القياس لا يجوز، وهو قول زفر، لأنه [(١٣)] وقع فاسدًا، فلا ينقلب جائزًا [(١٤)].

وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت [(١٥)] قبل تمام العقد [(١٦)]، فينقلب جائزًا كما إذا ارتفعت فى حالة العقد [(١٧)]، وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول [(١٨)] قبل مضيه،

يقال: المحمول لما كان مشتركا وجب أن يقع الحمل مشتركًا، لأن وقوع الحمل مشتركًا محال لأنه عرض وهو لا يتجزأ. (ك)

(١٥) جواب عن قياس الشافعى على استئجار الدار المشتركة.

(١) أى منافع الدار والبدل بمقابلتها.

(٢) قوله: "ويتحقق تسليمها [أى تسليم المنافع] إلخ" فإنه إذا سلم البيت، ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الأجر، بخلاف الحمل فإن المعقود عليه هو العمل، وتسليمه فى الشائع لا يتحقق. (عينى)

(٣) جواب عن قياس الشافعى على استئجار العبد المشترك.

(٤) قوله: "إنما هو [أى المنفعة] ملك نصيبه" وهو المنفعة، فإن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه. (عينى)

(٥) كما فى البيع بخلاف الحمل فإنه فعل حسى.

(٦) هذه من مسائل "الجامع الصغير"، كذا فى "العناية".

(٧) من أنواع الحبوب.

(٨) كالبناء والغرس وحفظ الأمتعة.

(٩) قوله: "فمنه ما يضر بالأرض" كالذرة والأرز، فإن ضررهما لها أكثر من ضرر الحنطة والشعير. (عناية)

(١٠) أى غير ما يضر بالأرض.

(١١) قوله: "فإن زرعها" أى زرع الأرض نوعًا من أنواع الزراعة فى المسألة المذكورة، ومضى الأجل فله المسمى، أى للمؤجر ما سميا عند العقد. (مل)

(١٢) المضروب فيها.

(١٣) العقد.

(١٤) فيجب أجر المثل.

(١٥) قوله: "ارتفعت [أى بوقوع ما وقع فيها من الزرع. ع] إلخ" فإن قيل: لو ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن جاز أن يكون ما زرعها مضرًا بالأرض، فيقع المنازعة بهذا السبب، قلت: المانع هو المفسد توقع المنازعة بينهما فى تعيين المعقود عليه، وقد زال هذا التوقع، فجاز العقد. (مل)

(١٦) أى قبل تمام مدة العقد أى الأجل.

والخيار الزائد[١] في المدة.

ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم، ولم يسمِّ ما يحمل عليه، فحمل ما يحمل الناس[٢]، فنفق[٣] في بعض الطريق، فلا ضمان عليه؛ لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر[٤] وإن[٥] كانت الإجارة فاسدة.

فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمّى؛ استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى[٦]، وإن اختصما قبل أن يحمل عليه، وفي المسألة الأولى[٧] قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعاً للفساد، إذ الفساد قائم بعد[٨].

باب[٩] ضمان الأجير[١٠]

قال[١١]: الأجراء[١٢] على ضربين: أجير مشترك[١٣]، وأجير خاص، فالمشترك

(١٧) قوله: "كما إذا ارتفعت إلخ" أي ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع من وقت الزرع، وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد، لأن كل جزء منه بمنزلة ابتداءه، ولو ارتفعت من الابتداء جاز، فكذا ههنا. (ع)

(١٨) قوله: "الأجل المجهول" بأن باع إلى الحصاد والدياس، فأسقط الأجل قبل أوان الحصاد والدياس. (عيني)

(١) قوله: "والخيار الزائد" بأن شرط خيار الشرط اربعة أيام مثلا، ثم أسقط اليوم الرابع قبل مجيئه، فإن قلت: إن هاتين المسألتين اختلف فيهما زفر، فإنه لا يقول بالإنقلاب من الفساد إلى الجواز فيهما، فكيف يصح جعلهما نظيرين؟

قلت: لما ظهر بطلان قول زفر فيهما فصارتا بمنزلة المجمع عليهما، فصح جعلهما نظيرين علا أنه يحتمل أن يكون هذا من قبيل رد المختلف إلى المختلف لزيادة الإيضاح. (مل)

(٢) قوله: "فحمل ما يحمل الناس إلخ" إنما قيد به لأنه إذا حمل غير المعتاد، فهلك الحمار يجب أن يضمن، وإنما لم يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة، لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المعتاد، ولم يتعد المعتاد. (عيني)

(٣) أي مات.

(٤) والأمانة لا تضمن إلا بالتعدي، وحمل ما يحمل عليه الناس ليس من التعدي. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "على ما ذكرنا إلخ" وهو قوله: وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد، فإنه لما حمل عليه ما يحمل الناس من الحمل فقد تعين وارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة، فانقلب إلى الجواز، ووجب المسمى، وفي القياس يجب أجر المثل. (عيني)

(٧) أي استأجر أرضاً لم يذكر إلخ.

(٨) أي بعد الإجارة قبل الحمل على الحمار، وقبل الزراعة في الأرض. (عيني)

(٩) قوله: "باب" لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان، لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة، فيحتاج إلى بيانه. (نت)

(١٠) قوله: "الأجير" قال الإمام المطرزي في "المغرب": وأما الأجير فهو مثل الجليس والنديم في أنه فعيل بمعنى مفاعل، انتهى. (نت)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) على وزن فعلاء جمع أجير. (عيني)

(١٣) قوله: "أجير مشترك إلخ" الأجير المشترك من يكون عقده وارداً على عمل هو معلوم ببيان محله، لأن المعقود

من لا يستحق الأجرة حتى يعمل[١] كالصباغ والقصار[٢]، لأن المعقود عليه[٣] إذا كان[٤] هو العمل أو أثره[٥]، كان له[٦] أن يعمل للعامة، لأن منافعه[٧] لم تصر مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه[٨] يسمى أجيراً مشتركاً[٩].

قال[١٠]: والمتاع أمانة في يده، فإن هلك لم يضمن شيئًا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب[١١]، والعدو[١٢] المكابر. لهما ما روى عن عمر[١٣] وعلى رضى الله عنهما[١٤]: "أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك"*، ولأن[١٥] الحفظ مستحق عليه[١٦]، إذ لا يمكنه العمل إلا به[١٧]، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته[١٨]، فيضمنه كالوديعة[١٩] إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه

عليه فى حقه الوصف الذى يحدث فى العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدة كالقصار والصباغ، والأجير الخاص من يكون العقد وارداً على منافعه، ولا يصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو المسافة. (مل)

(١) قوله: "حتى يعمل" لأن الإجارة عقد معاوضة، فتقتضى المساواة بينهما. (تبيين)

(٢) گاذر.

(٣) قوله: "لأن المعقود عليه [ليس دليلا لما سبق فإنه تعريف لا حكم فيه] إلخ" بيان لمناسبة التسمية، وكأنه قال: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل سمى بالأجير المشترك، لأن المعقود عليه إلخ. (ع)

(٤) قوله: "إذا كان هو العمل [كالقصارة]" يعنى إذا شرط أن يعمل هو بنفسه، وقوله: أو أثره إذا لم يشترط أن يعمل هو بنفسه. (ك)

(٥) كالصبغ.

(٦) أى للأجير.

(٧) أى منافع الأجير.

(٨) أى من جهة أن منافعه لم تصر مستحقه لواحد.

(٩) بين الناس غير مخصوص بواحد بعينه.

(١٠) هذا من القدورى.

(١١) قوله: "كالحريق الغالب [حريق آتش زبانه دهنده. كنز اللغات]" لأن الحفظ فيه غير واجب، فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير. (مل)

(١٢) قوله: "والعدو" وقالا: يضمن، إلا من حرق غالب، أو لصوص مكابرين استحساناً. (رد المحتار)

(١٣) كذا قال الزيلعى فى "شرح الكنز".

(١٤) قوله: "وعلى رضى الله تعالى عنه" قلت: روى البيهقى من طريق الشافعى عن على أنه كان يضمن الصباغ. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٦٨ ص١٩٠. (نعيم)

(١٥) يريد به أن المعقود عليه الحفظ أيضاً. (ك)

(١٦) ولا حفظ إذا هلك المتاع.

(١٧) أى بالحفظ.

كالموت حتف أنفه[١]، والحريق الغالب وغيره[٢]، لأنه لا تقصير من جهته[٣].

ولأبى حنيفة أن العين أمانة فى يده، لأن القبض حصل بإذنه[٤]، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه، ولو كان مضمونًا[٥] يضمنه كما فى المغصوب[٦]، والحفظ[٧] مستحق عليه تبعًا لا مقصودًا[٨]، ولهذا[٩] لا يقابله[١٠] الأجر بخلاف المودع بالأجر، لأن الحفظ مستحق عليه مقصودًا[١١] حتى يقابله[١٢] الأجر. قال: وما تلف[١٣] بعمله كتخريق الثوب من دقه[١٤]، وزلَق[١٥] الحمّال، وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى[١٦] الحمل، وغرَق[١٧] السفينة من مده[١٨] مضمون عليه. وقال زفر والشافعى لا ضمان عليه، لأنه[١٩] أمره بالفعل مطلقًا[٢٠]، فينتظمه

---

(١٨) أى هو صار تاركًا ذلك الحفظ الذى ضمنه له بعقده. (ك)

(١٩) قوله: "كالوديعة إلخ" فإن المودع بأجر صار بالتقصير تاركًا ذلك الحفظ المستحق فيضمن. (مل)

(١) حتف –بالفتح–: مرگ مات فلا حتف أنفه مرد بر فراش بدون قتل وضرب وغرق وحرق. (من)

(٢) كالغارة على بلد هو فيه.

(٣) فلم يكن متعديًا فلا يضمن.

(٤) المستأجر.

(٥) قوله: "ولو كان [أى العين فى يده. ع] مضمونًا" أى لو كان مضمونًا لما اختلف الحال، بل كان مضمونًا عليه مطلقًا. (تبيين)

(٦) قوله: "كما فى المغصوب" أى كما يضمن المغصوب فى الحالين. (مل)

(٧) جواب عن دليلهما: ولأن الحفظ إلخ.

(٨) قوله: "لا مقصودًا" أى غير معقود عليه، لكنه وسيلة إليه، وذلك لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيرًا مشتركًا، والحفظ ليس بمقصود أصلى بل لإقامة العمل، فكان تبعًا، فلم يكن مقصودًا. (عينى)

(٩) أى لكون الحفظ مستحقًا عليه تبعًا لا مقصودًا.

(١٠) الحفظ.

(١١) إذ العقد عقد حفظ. (ك)

(١٢) الحفظ.

(١٣) هذه مسألة القدورى.

(١٤) أى دق القصار. (مجمع الأنهر)

(١٥) قوله: "زلق [لغزيدن]" إذا لم يكن من مزاحمة الناس كما فى الإصلاح، فإن التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت فى الشيء. (مجمع الأنهر)

(١٦) مكارى الفاعل بكرايه دهند. (من)

(١٧) بفتح الراء. (ع)

(١٨) قوله: "مده [أى من مد الملاح السفينة]" وفيه إشارة إلى أن السفينة لو غرقت من موج أو ريح أو نحوهما لم يضمن كما فى القهستانى. (مجمع الأنهر)

(١٩) أى لأن صاحب المتاع.

بنوعيه المعيب والسليم، وصار كأجير الوحد[١] ومعين القصار.

ولنا أن الداخل تحت الإذن[٢] ما هو الداخل تحت العقد، وهو العمل الصالح؛ لأنه[٣] هو الوسيلة إلى الأثر[٤]، وهو المعقود عليه حقيقة[٥]، حتى لو حصل بفعل الغير[٦] يجب الأجر، فلم يكن المفسد مأذونًا فيه[٧]، بخلاف المعين[٨]؛ لأنه متبرع، فلا يمكن تقييده[٩] بالمصلح[١٠]، لأنه[١١] يمتنع عن التبرع، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر، فأمكن تقييده[١٢]، وبخلاف الأجير الوحد على ما نذكره[١٣] إن شاء الله تعالى، وانقطاع الحبل[١٤] من قلة اهتمامه[١٥]، فكان من صنيعه.

قال: إلا أنه لا يضمن[١٦] به[١٧] بني آدم ممن غرق في السفينة، أو سقط من

---

(٢٠) قوله: "أمره بالفعل مطلقًا" بأن استأجره ليدق الثوب، ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة. (عيني)

(١) أي الأجير الخاص، حيث لا ضمان عليهما.

(٢) أي الأمر. (ف)

(٣) عمل صالح.

(٤) الحاصل في العين من فعله.

(٥) قوله: "وهو المعقود عليه إلخ" أقول: في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل الصالح بما ذكره المصنف قصور، لأن كون العمل وسيلة إلى الأثر إنما يتصور في صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسألتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها، إذ قد مر في أواخر باب الأجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ، فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر، لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع، وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح، لأن المعقود عليه نفس العمل، وهو عين قائم في العين، فلا يتصور حبسه. (نت)

(٦) أي غير الأجير.

(٧) من العمل لأنه ليس بوسيلة إلى الأثر. (ك)

(٨) أي معين القصار.

(٩) أي تقييد عمله.

(١٠) من العمل.

(١١) حال هذا التقييد.

(١٢) بالمصلح.

(١٣) في آخر هذا الباب.

(١٤) قوله: "وانقطاع إلخ" جواب لما عسى أن يقال: إن انقطاع الحبل ليس في صنيع الأجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله. (عيني)

(١٥) بتركه التوثيق في شد الحبل.

(١٦) قوله: "إلا [استثناء من قوله: مضمون عليه] أنه لا يضمن إلخ" قيل: إنما عدم الضمان حال السقوط إذا كان هو ممن يستمسك على الدابة، ويركب وحده، وإلا فهو كالمتاع، والصحيح أنه لا فرق، وكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف في الوضع، كذا ذكره التمرتاشي. ولا يقال: إن ضمان بني آدم يجب بالتسبيب، وقد وجد لأن المسبب إنما

الدابة و إن[1] كان بسوقه وقوده، لأن الواجب ضمان الآدمى، وأنه لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية، ولهذا يجب على العاقلة[2]، وضمان العقود لا تتحمله العاقلة[3]. قال[4]: وإذا استأجر من يحمل له دنّا[5] من الفرات[6]، فوقع في بعض الطريق[7]، فانكسر[8]، فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته فى الموضع الذى انكسر، وأعطاه أجره بحسابه.

أما الضمان فلما قلنا[9]: والسقوط[10] بالعثار[11]، أو بانقطاع الحبل، وكل ذلك من صنيعه، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر فى الطريق، والحمل[12] شيء واحد تبين أنه وقع تعديًا من الابتداء من هذا الوجه[13]، وله[14] وجه آخر، وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه، فلم يكن من الابتداء تعديًا، وإنما صار تعديًا عند الكسر فيميل[15] إلى أيّ الوجهين شاء، وفى الوجه الثانى[16] له الأجر بقدر ما استوفى[17]، وفى الوجه

يضمن إذا تعدى، وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدى. (ك)

(١٧) أى بفعله.

(١) الواو وصلية.

(٢) هم من يؤدون الدية والتفصيل سيجيء فى كتاب المعاقل.

(٣) قوله: "لا تتحمله العاقلة [لأنهم لا يتحملون إلا ضمان الجنايات]" لأن العاقلة إنما يدفعون الدية باعتبار ترك الحفظ، ولا يجب عليهم الحفظ من العقود، فإذا كان كذلك لا تتحمل العاقلة ضمان العقود. (حميدية)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) دن -بالفتح-: خم بزرگ قار اند ودیا دراز تر از سبو. (من)

(٦) قوله: "من الفرات حوى كوفه" إنما وضع المسألة فى الفرات لأن الدنان تباع هناك. (ك)

(٧) قوله: "فوقع فى بعض الطريق" قيد بقوله: فى بعض الطريق لأنه لو انكسر بعد ما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده، فلا ضمان عليه، وله الأجر. (عينى)

(٨) قوله: "فانكسر" ليس بقيد، فإنه لو كسره عمدا فالحكم كذلك. (عينى)

(٩) من أنه أجير مشترك، وقد تلف المتاع بصنعه، فيضمن.

(١٠) أى سقوط الدين.

(١١) شكوخيدن وبسرور افتادن. (من)

(١٢) قوله: "والحمل إلخ" أى والحال أن الحمل شيء واحد حكما إذا الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به، وهو أن يجعله محمولا إلى موضع عينه. (عينى)

(١٣) قوله: "من هذا الوجه" أى أن الحمل شيء واحد، فيكون انكساره فى الطريق كانكساره ابتداء. (عينى)

(١٤) أى للتعدى والضمان.

(١٥) أى لما كان جهة الضمان دائرة بين الأمرين فيميل إلخ.

(١٦) أى ما إذا شاء تضمين قيمته فى المكان الذى انكسر.

(١٧) من العمل.

الأول[١] لا أجر له، لأنه ما استوفى أصلا.

قال[٢]: وإذا فصد[٣] الفصاد، أو بزغ البزاغ[٤]، ولم يتجاوز الموضع المعتاد[٥] فلا ضمان عليه فيما عطب[٦] من ذلك. وفي "الجامع الصغير": بيطار[٧] بزغ دابة بدانق[٨]، فنفقت[٩]، أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه، فمات[١٠] لا ضمان عليه، وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان[١١]. ووجهه[١٢] أنه لا يمكنه التحرز عن السراية، لأنه يبتنى على قوة الطبائع[١٣]، وضعفها[١٤] في تحمل الألم، فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل[١٥]، ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه[١٦]، لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد، فأمكن القول بالتقييد[١٧]. قال[١٨]: والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة[١٩] وإن[٢٠] لم يعمل[٢١] كمن استؤجر شهراً

---

(١) أي ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي حمله.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) فصد فصداً: رگ زد. (من)

(٤) قوله: "أو بزغ البزاغ" البزاغ: شتر زن بزغ بيطار الدابة شقها بالمبزغ، وهو مثل مشرطة الحجام. (ن)
قوله: "البزاغ" أي البيطار، فهو خاص بالبهائم. (رد المحتار)

(٥) ولو تجاوز الموضع المعتاد ضمن.

(٦) أي هلك.

(٧) بيطار -بالفتح-: علاج كشيده چهار پايان را. (م)

(٨) هو سدس الدرهم.

(٩) هلكت.

(١٠) العبد.

(١١) قوله: "نوع بيان" لأن رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الإذن، ورواية "الجامع الصغير" ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز، فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما سكت عنه رواية "الجامع الصغير"، وما نطق به رواية "الجامع الصغير" بياناً لما سكت عنه رواية المختصر، فيستفاد لمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان. (ك)

(١٢) أي وجه عدم الضمان.

(١٣) قوله: "لأنه يبتنى على قوة إلخ" فربما يكون ضعيف المزاج فيسرى الفعل إلى النفس، وربما يكون قويه فلا يسرى. (أبو المكارم)

(١٤) والقوة والضعف مجهول، والاحتراز عن المجهول لا يمكن.

(١٥) كيلا يتقاعد الناس عن هذا العمل.

(١٦) في الصفحة السابقة.

(١٧) بالمصلح من العمل.

(١٨) أي القدوري. (عيني)

للخدمة أو لرعى الغنم[١]، وإنما سمى أجير وحد[٢] لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره[٣]، لأن منافعه[٤] فى المدة صارت مستحقة له[٥] والأجر مقابل بالمنافع، ولهذا[٦] يبقى الأجر مستحقًا و إن[٧] نقض العمل.

قال[٨]: ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف فى يده[٩]، ولا ما تلف من عمله[١٠]، أما الأول[١١] فلأن العين أمانة فى يده، لأنه قبض بإذنه[١٢]، وهذا ظاهر عنده، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس[١٣]، وأجير الوحد لا يتقبل الأعمال[١٤]، فيكون السلامة غالبًا، فيؤخذ فيه

---

(١٩) المضروبة.

(٢٠) الواو وصلية.

(٢١) قوله: "وإن لم يعمل" أى سلم نفسه، ولم يعمل مع التمكن أما إذا امتنع من العمل، ومضت المدة أو لم يتمكن من العمل لعذر، ومضت المدة لم يستحق الأجرة، لأنه لم يوجد تسليم النفس. (ك)

(١) قوله: "أو لرعى الغنم" واعلم أنه إذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهراً فهو أجير مشترك إلا أن يقول: ولا ترع غنم غيرى، فحينئذٍ يصير أجير وحد، وإن ذكر المدة أو لا، بأن استأجره ليرعى غنمه شهراً بدرهم فهو أجير وحد إلا أن يقول: وترعى غنم غيرى. (ك)

(٢) صفة بمعنى واحد.

(٣) أى لغير المستأجر.

(٤) أى منافع الأجير الخاص.

(٥) أى للمستأجر.

(٦) قوله: "ولهذا [أى لكون الأجير مقابلا بالمنافع]" أى ولأنه يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل ويستحق الأجر وإن نقض العمل بخلاف الأجير المشترك فإنه لا يستحق الأجر إذا نقض عمله قبل أن يقبض رب الثوب لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، فإنه روى عن محمد فى خياط خاط ثوب رجل بأجر، ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط، لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل، لأنه لو أجبر إنما يجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل.

وإن كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل، وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله، وصار كأن لم يكن، بخلاف ما إذا فتقه أجنبى لأن بفتق الأجنبى لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلا. (ك)

(٧) الواو وصلية.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) بأن سرق منه أو غصب.

(١٠) قوله: "ولا ما تلف من عمله" بأن تخرق الثوب من دقه، أو انفسد البطيخ، أو احترق الخبز ونحو ذلك. (عينى)

(١١) أى ما تلف فى يده.

(١٢) المستأجر.

(١٣) قوله: "لصيانة إلخ" فإن الأجير المشترك يتقبل أعيانًا كثيرة رغبة فى كثرة الأجر، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر فى حفظها، ولا يأخذ إلا بقدر ما يقدر على حفظه. (عينى)

(١٤) بل يسلم نفسه.

بالقياس[١]. وأما الثاني[٢] فلأن المنافع[٣] متى صارت مملوكة[٤] للمستأجر، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير[٥] نائبًا منابه، فصار فعله[٦] منقولا إليه، كأنه فعل بنفسه، فلهذا لا يضمنه، والله أعلم.

باب الإجارة على أحد الشرطين[٧]

وإذا قال للخياط: إن خطت هذا الثوب فارسيًا[٨] فبدرهم[٩]، وإن خطته روميًا[١٠] فبدرهمين جاز، وأي عمل من هذين العملين[١١] عمل استحق الأجر به، وكذا إذا قال للصباغ: إن صبغته بعصفر[١٢] فبدرهم، وإن صبغته بزعفران فبدرهمين. وكذا إذا خيره[١٣] بين شيئين بأن قال: أجرتك هذه الدار شهرًا بخمسة، أو هذه الدار الأخرى بعشرة[١٤]، وكذا إذا خيره[١٥] بين مسافتين مختلفتين، بأن قال: آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا[١٦]، أو إلى واسط[١٧] بكذا[١٨]، وكذا إذا خيره[١٩]

---

(١) وهو عدم الضمان.

(٢) أي إذا تلف بعمله.

(٣) أي منافع الأجير.

(٤) بتسليم النفس.

(٥) الأجير.

(٦) الأجير.

(٧) قوله: "باب الإجارة إلخ" لما فرغ عن ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين، لأن الواحد قبل الاثنين. (نت)

(٨) قوله: "فارسيًا" أي خيطًا فارسيًا بمعنى خياطة فارسية أي منسوبة إلى صنعة فارس، وهي التي يكون فيها الخياطة غرزة غرزة. (عيني)

(٩) أي فأجرك درهم.

(١٠) قوله: "روميًا" أي خيطًا روميًا بمعنى خياطة رومية، أي منسوبة إلى صنعة الروم وهي التي تكون الخياطة فيها غرزتين غرزتين. (عيني)

(١١) أي الخياطة الفارسية والرومية.

(١٢) قوله: "بعصفر [كسم]" عصفر بالضم گياهي ست معروف كه جامه را بآن رنگ كنند، وتخم آن را قرطم گويند. (م)

(١٣) أي خير المؤجر المستأجر.

(١٤) فأي دار سكنها يلزمه ما عينه من الأجرة.

(١٥) أي خير المؤجر المستأجر.

(١٦) أي عشرة مثلا.

(١٧) بلد بالعراق.

(١٨) أي خمسة مثلا.

بين ثلاثة أشياء[١]، وإن خيره بين أربعة[٢] لم يجز.

والمعتبر[٣] في جميع ذلك البيع[٤]، والجامع[٥] دفع الحاجة[٦] غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع[٧]، وفي الإجارة لا يشترط ذلك؛ لأن الأجر إنما يجب بالعمل[٨]، وعند ذلك[٩] يصير المعقود عليه معلوماً، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد، فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار.

ولو قال: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غداً فبنصف درهم فإن خاطه اليوم فله درهم[١٠]، وإن خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة[١١] لا يجاوز به[١٢] نصف درهم. وفي "الجامع الصغير": لا ينقص من نصف درهم[١٣]، ولا يزاد على درهم، وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان[١٤]. وقال زفر: الشرطان فاسدان؛ لأن الخياطة شيء واحد[١٥]، وقد ذكر بمقابلته[١٦] بدلان على البدل[١٧]،

---

(١٩) أي خير المؤجر المستأجر.

(١) قوله: "بين ثلاثة أشياء" أي في الصور المذكورة بأن قال: إن خطته فارسيًا، فلك درهم، وإن خطته روميًا، فلك درهمان، وإن خطته تركيًا، فلك ثلاثة دراهم، فأي الأعمال عمل استحق الأجر المسمّى.

وكذا إذا قال: إذا صبغته بعصفر، فلك درهم، وإن صبغته بزعفران، فلك درهمان، وإن صبغته بورس ونحوه، فلك ثلاثة دراهم، وكذا إذا قال: إن سكنت هذه الدار، فعليك كل شهر خمسة، وإن سكنت هذه، فعليك عشرة، وإن سكنت هذه، فخمسة عشر، وكذا لو قال: آجرتك هذه الدابة إلى بغداد بعشرة، وإلى واسط بخمسة عشر، وإلى الكوفة بعشرين. (عيني)

(٢) قوله: "بين أربعة" أي بين أربعة أنواع من الفعل، بأن قال: إن خطته فارسيًا، فلك درهم، وإن خطته، روميًا فلك درهما، وإن خطه تركيًا، فلك ثلاثة، وإن خطته هنديًا، فأربعة. (عيني)

(٣) أي المقيس عليه.

(٤) قوله: "البيع" بأن باع أحد الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء جاز، وكذا إذا قال: بعت أحد الأثواب الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء، وفي الزائد على الثلاثة لا يجوز. (حميدية)

(٥) في إلحاق الإجارة بالبيع في هذه الصور.

(٦) قوله: "دفع الحاجة" وهي تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والوسط والرديء، ولا حاجة إلى الأربعة لاندفاعها بما دونها. (كفاية)

(٧) قوله: "لا بد من اشتراط الخيار [أي خيار التعيين] إلخ" فإنه إذا خيره بين ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء يكون للمشتري الخيار، وكذا إذا خيره بين ثلاثة. (عيني)

(٨) لا بالعقد.

(٩) العمل.

(١٠) قوله: "فله درهم" لأن الشرط الأول جائز، والثاني فاسد، ولهذا يجب المسمى في الأول، وأجر المثل في الثاني. (مل)

(١١) لأنه هو المسمى في اليوم الثاني.

(١٢) أي بأجر المثل.

(١٣) أي عند أبي حنيفة فعنه روايتان، والأول هو المختار.

(١٤) ففي أيهما خاط يستحق المسمّى فيه.

(١٥) قوله: "شيء واحد" لأنه استأجره على مطلق الخياطة، فالفعل غير مختلف، وإنما يختلف الزمان. (عيني)

فيكون مجهولا[١]، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل[٢]، وذكر الغد للترفية[٣]، فيجتمع فى كل يوم[٤] تسميتان[٥]. ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت[٦]، وذكر الغد للتعليق[٧]، فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان[٨]، ولأن التعجيل والتأخير مقصودان[٩]، فنزل منزلة اختلاف النوعين[١٠]. ولأبى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق[١١] حقيقة، ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت[١٢]، لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت

---

(١٦) درهم ونصف.

(١٧) أى على طريق البدل.

(١) قوله: "فيكون [البدل] مجهولا" فصار كأنه قال: خطته بدرهم أو نصف درهم وهو باطل، فكذا هذا، والجواب، أن الجهالة تزول بوقوع العمل فإنه به يتعين الأجر للزومه عند العمل، كما تقدم. (ع)

(٢) قوله: "لأن ذكر اليوم للتعجيل" لأنه حال إفراد العقد باليوم بقوله: خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه فى الغد يستحق الأجر، فكذا ههنا. (عينى)

قوله: "للتعجيل" لا للتوقيت، وإلا يلزم اجتماع العمل والوقت فى الإجارة، وهو مفسد كما مر، فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل كان الأجر مقابلا بنفس الخياطة فى اليوم، وكذا فى الغد، لأن ذكره للترفية، فيجتمع فى فعل واحد أجران على البدل، وهو يوجب الجهالة. (أعظمى)

(٣) قوله: "للترفية" [آسائش دادن] لا للإضافة والتعليق، ولهذا لو أفرد العقد فى الغد بأن قال: خطه غداً بنصف درهم ثبت هذا العقد فى اليوم حتى لو خاطه اليوم الأول استحق نصف درهم. (عينى)

(٤) قوله: "فيجتمع إلخ" بيان ذلك أما فى اليوم الأول فلأن ذكر الغد إذا كان للترفية كان العقد المضاف إلى غد ثابتًا اليوم مع عقد اليوم، وأما فى الغد فلأن العقد المنعقد فى اليوم باقٍ، لأن ذكر اليوم للتعجيل، فيجتمع مع المضاف إلى الغد، فهذا بيان اجتماع التسميتين فى كل يوم. (عينى)

(٥) فيبطل العقد للجهالة. (عينى)

(٦) قوله: "ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت" لأنه حقيقة، فكان قوله: إن خطه اليوم، فبدرهم مقتصراً على اليوم، فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد، بل ينقضى بانقضاء الوقت، وذكر الغد للتعليق أى الإضافة؛ لأن الإجارة لا يقبل التعليق، لكن يقبل الإضافة إلى وقت فى المستقبل، وإذا كان للإضافة فلم يكن العقد ثابتًا فى الحال، فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان. (ع)

قوله: "للتأقيت" فإن قيل: قد جعلا ذكر اليوم فى مسألة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ههنا، قلنا: هناك حملا على المجاز تصحيحًا للعقد، وههنا حملا على الحقيقة للتصحيح أيضًا، إذ لو عكس الأمر فى الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان من صحة العقد، والأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن. (تاج الشريعة)

(٧) أى الإضافة.

(٨) قوله: "فلا يجتمع إلخ" يعنى أن الكلامين تعليقان بحسب الظاهر لوجود حرف الشرط فيهما، لكن الإجارة إثبات، فلا يحتمل التعليق، فيحمل ذكر اليوم على الإجارة بأنه موقتة، وذكر الغد على الإجارة مضافة، فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان. (أعظمى)

(٩) والمعقود عليه هو العمل. (ع)

(١٠) كالخياطة الرومية والفارسية.

(١١) أى للإضافة.

(١٢) الذى هو حقيقة.

والعمل[١]، وإذا كان كذلك يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول[٢]، ويجب المسمى، ويفسد الثانى[٣]، ويجب أجر المثل[٤] لا يجاوز به نصف درهم، لأنه هو المسمى فى اليوم الثانى[٥]. وفى "الجامع الصغير": لا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم، لأن التسمية الأولى لا تنعدم فى اليوم الثانى، فيعتبر لمنع الزيادة[٦]، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان[٧]، فإن خاطه فى اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة[٨] هو الصحيح[٩]، لأنه إذا لم يرضَ بالتأخير إلى الغد[١٠]، فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى.

ولو قال: إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم في الشهر، وإن أسكنته حداداً فبدرهمين جاز، وأيّ الأمرين فعل استحق المسمي فيه عند أبي حنيفة.

وقالا: الإجارة فاسدة، وكذا[١١] إذا استأجر بيتًا على أنه إن سكن[١٢] فيه فبدرهم، وإن أسكن[١٣] فيه حداداً فبدرهمين، فهو جائز عند أبى حنيفة،

---

(١) قوله: "لاجتماع الوقت إلخ" فإذا نظر إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركا، وإذا نظر إلى ذكر اليوم كان أجير وحد، وهما يتنافيان لتنافى لوازمهما، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل، وذكرالوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس فى المدة، وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات، ولذلك عدلنا عن الحقيقة التى هى التأقيت إلى المجاز الذى هو التعجيل، وحينئذٍ يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم، فيصح الأول ويجب المسمّى، ويفسد الثانى، ويجب أجر المثل. (ع)

(٢) أى الشرط الأول.

(٣) أى الشرط الثانى.

(٤) لأنه مقتضى الإجارة الفاسدة.

(٥) قوله: "لأنه هو المسمّى إلخ" فإن قلت: فالدرهم أيضًا مسمى في اليوم الثانى، لأن اليوم جعل للتعجيل، فصار وجوده كعدمه، فيكون ذكر الدرهم موجوداً فى الغد فلا يكون راضياً بحط نصف درهم، قلت: مسلم لكن ذكر النصف فى الغد بطريق التصريح بخلاف ذكر الدرهم، فهو مصرح فى اليوم دون الغد.

(٦) على درهم.

(٧) قوله: "لمنع النقصان [عن نصف درهم]" أقول: فيه نظر إذ قد تقرر فى أول باب الإجارة الفاسدة أن التسمية فى الإجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا، ولا تمنع النقصان أصلا، بل يجب أجر المثل، وإن نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان. (نت)

(٨) قوله: "عند أبى حنيفة" أما عندهما فالصحيح أنه ينتقص من نصف الدرهم، ولا يزاد عليه. (عينى)

(٩) وفى رواية: أنه لا يزاد على درهم، ولا ينقض عن نصف درهم.

(١٠) بأكثر من نصف درهم. (ك)

(١١) أى على الخلاف.

(١٢) بنفسه، وفى نسخة: إن سكنتَ فيه عطاراً.

(١٣) وفى نسخة: وإن أسكنت.

وقالا: لا يجوز. ومن استأجر دابةً إلى الحيرة[١] بدرهم، وإن جاوز بها إلى القادسية[٢] فبدرهمين فهو جائز، ويحتمل الخلاف[٣].

وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كراً[٤] شعير فبنصف درهم، وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة، وقالا: لا يجوز.

وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول، وكذا الأجر أحد الشيئين، وهو مجهول، والجهالة[٥] توجب الفساد، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية[٦]، لأن الأجر يجب بالعمل[٧]، وعنده يرتفع الجهالة، أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية[٨] والتسليم[٩]، فيبقى الجهالة[١٠]، وهذا الحرف هو الأصل[١١] عندهما.

ولأبي حنيفة أنه[١٢] خيره[١٣] بين عقدين صحيحين مختلفين، فيصح[١٤] كما في مسألة الرومية والفارسية، وهذا[١٥] لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد[١٦]، ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد، وكذا في أخواتها، والإجارة تعقد للانتفاع[١٧]، وعنده يرتفع الجهالة، ولو احتيج[١٨] إلى الإيجاب[١٩] بمجرد التسليم

---

(١) شهرى است نزديک كوفة. (من)

(٢) قوله: "القادسية" قادسية منسوبًا دهى ست نزديک كوفة مر بها إبراهيم عليه السلام فوجد عجوزًا، ففلت رأسه، فقال: قدست من أرض، فسميت بالقادسية، ودعا لها أن تكون محلة الحاج. (من)

(٣) قوله: "ويحتمل الخلاف" وإنما قال ذلك لأن هذه المسألة ذكرت في "الجامع الصغير" مطلقًا، فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في نظائرها. (ع)

(٤) قال الأزهري: الكر: ستون قفيزًا، والقفيز: ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف. (مغرب)

(٥) أي الجهالة الواحدة توجب الفساد، فكيف الجهالتان.

(٦) قوله: "بخلاف إلخ" أي فإن قيل: مسألة الخياطة الرومية والخياطة الفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة، أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

(٧) في مسألة الخياطة.

(٨) في الدار والدكان.

(٩) في الدار والدكان والدابة.

(١٠) في الأجر والمعقود عليه.

(١١) قوله: "هو الأصل" أي الأصل عندهما أن الأجر متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى عند التسليم أيهما يجب يفسد العقد. (ك)

(١٢) المؤجر.

(١٣) المستأجر.

(١٤) عند الاجتماع كما يصح عند الانفراد.

(١٥) أي كونهما مختلفين.

(١٦) وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح فكذا عند الجمع. (ك)

يجب أقل الأجرين للتيقن به .

باب إجارة العبد[١]

ومن استأجر عبداً ليخدمه فليس له أن يسافر به[٢] إلا أن يشترط ذلك[٣] ، لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة[٤] فلا ينتظمها الإطلاق[٥] ، ولهذا[٦] جعل السفر[٧] عذراً ، فلا بد[٨] من اشتراطه[٩] كإسكان الحداد والقصار فى الدار ، ولأن التفاوت[١٠] بين الخدمتين[١١] ظاهر ، فإذا تعينت الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا

---

(١٧) قوله: "والإجارة تعقد إلخ" جواب عن قولهما: يجب الأجر بالتخلية والتسليم، فيبقى الجهالة، وهو أن الغالب فى الإجارة الانتفاع، لأنها مشروعة للحاجة، فالظاهر أن لا يخلو عن الانتفاع، وإذا جاز الانتفاع زالت الجهالة، والتمكن من غير انتفاع ليس بأصل بل هو من العوارض، والاحتراز عن العوارض غير واجب، ولو تحقق ترك الانتفاع واحتيج إلى إيجاب الأجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بأدنى العملين، إذ الفضل لا يجب بالشك.

وقيل: يجب الأقل وينتصف الفضل، وقيل: يتنصف كل واحد منهما فلا يتمكن الجهالة بكل حال، فصار الأصل عنده أن العقد إذا اشتمل على شيء معلوم ببدل معلوم، وضم إليه الزيادة بزيادة فى البدل، فإن العقد يقع على الأصل المعلوم، والفضل يتعلق باعتبار الفضل فى المعقود عليه. (ك)

(١٨) قوله: "ولو احتيج [بأن يسلم ولم ينتفع به] إلخ" يعنى لو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية والتسليم بأن يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر، ولم ينتفع به قط حتى يعلم المنفعة يجب أقل الأجرين الذين سميا فى العقد للتيقن به. (نت)

(١٩) أى إيجاب الأجر.

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر شرع فى بيان أحكام تتعلق بالعبد، إذ العبد منحط الدرجة عن الحر، فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك. (نهاية)

قوله: "إجارة العبد" الإضافة لأدنى الملابسة فيشمل ما كان العبد متصرفاً فى نفس عقد الإجارة، كما فى بعض مسائل هذا الباب، وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الإجارة، كما فى البعض الآخر من مسائل هذا الباب، ومن هذا البعض المسألة المبتدأ بها أول الباب. (نت)

(٢) قوله: "فليس له إلخ" حتى لو سافر به يضمن لمولاه، لأنه صار غاصباً، ولو رده إلى مولاه سالماً لا أجر له عندنا. (عينى)

(٣) أى السفر.

(٤) مفضية إلى النزاع. (أعظمى)

(٥) أى إطلاق العقد.

(٦) أى لاشتمال السفر على زيادة مشقة.

(٧) قوله: "جعل السفر إلخ" يعنى إذا استأجر غلاماً ليخدمه فى المصر وأراد المستأجر أن يسافر فهو عذر فى فسخ الإجارة، لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا، ولو منع من السفر يتضرر المستأجر، فلهذا جعل عذراً. (ك)

(٨) متعلق بقوله: فلا ينتظمها الإطلاق.

(٩) السفر.

(١٠) قوله: "ولأن إلخ" الفرق بين الدليلين أن مدار الأول على أن خدمة السفر مما لا يدخل فى إطلاق العقد رأسا بناء على انصراف مطلق العقد إلى المتعارف الذى هو الخدمة فى الحضر.

ومدار الثانى على أن كل واحدة من خدمتى السفر والحضر وإن كانتا داخلتين تحت إطلاق العقد إلا أن الخدمة فى

كما في الركوب.

ومن استأجر عبداً[١] محجوراً عليه شهراً، وأعطاه الأجر[٢]، فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر[٣]، وأصله أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ[٤] من العمل، والقياس أن لا يجوز[٥] لانعدام إذن المولى[٦]، وقيام الحجر، فصار كما إذا هلك العبد[٧]. وجه الاستحسان أن التصرف[٨] نافع على اعتبار الفراغ[٩] سالماً، ضار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة[١٠]، وإذا جاز ذلك[١١] لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر.

ومن غصب عبداً، فآجر العبد[١٢] نفسه، فأخذ الغاصب الأجر فأكله، فلا ضمان عليه[١٣] عند أبي حنيفة، وقالا: هو ضامن؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه[١٤]، إذ الإجارة قد صحت على ما مر[١٥]، وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز[١٦]، لأن التقوم به[١٧]، وهذا[١٨] غير محرز في حق الغاصب[١٩]، لأن

الحضر تعينت بقرينة حال العقد، ومكان العقد، فبعد تعينها لا مجال للأخرى كما في الركوب، فإنه إذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه، أو أركب غيره يتعين هو، فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبه أولا لتعينه للركوب، فكذا ههنا. (نت)

(١١) أي خدمة الحضر وخدمة السفر.

(١) أي من نفس العبد بلا إذن المولى.

(٢) بعد العمل.

(٣) أي يسترد.

(٤) العبد.

(٥) الإجارة.

(٦) فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال، ولا أجر على الغاصب. (ع)

(٧) قوله: "فصار كما إذا هلك العبد [أي عند المستأجر، فينفسخ الإجارة، ويجب الضمان]" أي في ذلك العمل فإنه يجب على المستأجر قيمته، ولا أجر عليه فيما عمل، لأن المستأجر صار غاصباً له باستعماله، فيضمن قيمته عند الهلاك، وإذا ضمن قيمته صار مالكاً له من وقت الاستعمال، فيصير مستوفياً منفعة عبد نفسه، فلا يجب عليه الأجر. (كفاية)

(٨) أي تصرف العبد.

(٩) أي فراغ العبد عن العمل.

(١٠) فإنه يجوز من العبد.

(١١) أي دفع الأجر بسبب صحة الإجارة.

(١٢) قوله: "فآجر العبد" قيد به لأنه لو آجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك، ولا ضمان على الغاصب بالأكل بالاتفاق. (عيني)

(١٣) بما أكله.

(١٤) قوله: "بغير إذنه" كالزيادة المتولدة من العين المغصوبة إذا أتلفها الغاصب. (ن)

(١٥) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: وجه الاستحسان أن التصرف نافع إلخ. (ن)

العبد لا يحرز نفسه عنه، فكيف يحرز[١] ما في يده.

وإن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه؛ لأنه وجد عين ماله، ويجوز قبض العبد الأجر[٢] في قولهم جميعاً[٣]؛ لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ[٤] على ما مر[٥].

ومن استأجر عبداً هذين الشهرين[٦] شهراً بأربعة، وشهراً بخمسة، فهو جائز، والأول منهما بأربعة[٧]؛ لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحرّياً للجواز[٨]، أو نظراً إلى تنجز الحاجة[٩]، فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة. ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم، فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر

---

(١٦) لا بإتلاف مال غير محرز كالكلأ في البادية.

(١٧) أي تقوم المال يثبت بالإحراز.

(١٨) قوله: "وهذا [أي هذا المال] غير محرز" لأن الإحراز إنما يثبت بيد حافظة كيد المالك، أو بيد نائبه، ويد المالك لم يثبت عليه، ويد العبد ليست يد المولى، لأن العبد في يد الغاصب حتى كان مضموناً عليه، ولا يحرز نفسه عن الغاصب، فكيف يكون محرزاً ما في يده، فإن قيل: يشكل هذا بولد المغصوبة لو استهلكه الغاصب يضمنه، وإن لم يكن محرزاً في حق الغاصب، قلنا: الولد متقوم لحصوله من المتقوم بخلاف الأجرة، فإنها حصلت من منافع العبد، وهي غير متقومة، فكذا ما حصل منها. (ك)

(١٩) قوله: "في حق الغاصب" أي غير محرز للمولى في حق الغاصب، ولكنه محرز للمولى في حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب في يد العبد يضمن. (ك)

(١) العبد.

(٢) قوله: "ويجوز إلخ" وأما إذا آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة عن المولى، لأن القبض من حقوق العقد، فيثبت للعاقد. (ك)

(٣) فيخرج المستأجر عن عهدة الإجارة إذا أدى إلى العبد.

(٤) عن العمل سالماً.

(٥) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: والنافع مأذون فيه كقبول الهبة. (ن)

(٦) قوله: "ومن استأجر عبداً هذين الشهرين" وفي عامة الكتب: استأجر عبداً لشهرين، شهراً بكذا، وشهراً بكذا بدون اسم الإشارة، وقوله: تحرّياً للجواز، وتنجزاً للحاجة لا يطابقه وضع المسألة في المعين.
ويحتمل أن يحمل قوله: هذين على ما إذا قال الآجر: أجرت منك هذا العبد شهرين شهراً بأربعة، وشهراً بخمسة، فقال المستأجر: استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين، فيصرف قوله: هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اللذين، دخلا تحت إيجاب الآجر، فيبقى التنكير، فيصلح التعليل بتنجز الحاجة لإثبات التعيين. (ك)

(٧) حتى لو عمل في الأول دون الثاني استحق أربعة دراهم.

(٨) قوله: "تحرّياً للجواز" وذلك لأنه لما قال شهراً بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولا، والإجارة تفسد بالجهالة، فصرفنا إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز. (ع)

(٩) قوله: "أو نظراً إلى تنجز الحاجة [أي قضاء الحاجة في الحال]" فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد، وإذا انصرف الأولى إلى ما يلي العقد، والثاني معطوف عليه ينصرف الثاني إلخ. (ع)

وهو[١] آبق، أو مريض، فقال المستأجر: أبق أو مرض حين أخذته، وقال المولى لم يكن ذلك[٢] إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر[٣]، وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر[٤]؛ لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال، إذ هو دليل على قيامه من قبل[٥]، وهو يصلح مرجحًا وإن[٦] لم يصلح حجة في نفسه أصله[٧] الاختلاف في جريان[٨] ماء الطاحونة[٩] وانقطاعه.

باب الاختلاف[١٠]

قال[١١]: وإذا اختلف الخياط ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك أن تعمله قباء، وقال الخياط: قميصًا، أو قال صاحب الثوب للصباغ: أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصباغ: لا، بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، ألا ترى أنه لو أنكر[١٢] أصل الإذن[١٣] كان القول قوله، فكذا إذا أنكر صفته[١٤] لكن يحلّف[١٥] لأنه أنكر شيئًا لو أقر به لزمه[١٦].

---

(١) الواو حالية.

(٢) أي الإباق أو المرض.

(٣) أي لا يجب الأجر.

(٤) فيستحق الأجر.

(٥) أي من قبل الاختلاف.

(٦) الواو وصلية.

(٧) أي أصل الاختلاف بين المالك والمستأجر.

(٨) قوله: "في جريان إلخ" فإن مستأجر الرحى إذا اختلف مع صاحب الرحى في جريان الماء في المدة، فإن القول قول من يشهد له الحال، فإن كان الماء منقطعًا وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيما مضى، وإن كان جاريًا فالقول لرب الرحى مع يمينه، وإن اختلفا في قدر الانقطاع فقال المستأجر: عشرة أيام، وقال الآجر: خمسة أيام فالقول للمستأجر، والبينة للآجر، وهو يصلح مرجحًا إن لم يصلح حجة في نفسه إذ الترجيح أبدا إنما يقع بما لا يصلح حجة، وقد عرف في أصول الفقه. (ك)

(٩) آسيا. (من)

(١٠) قوله: "باب الاختلاف [بين المؤاجر والمستأجر]" لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافها، وهو الفرع، إذ الاختلاف إنما يكون بعارض. (نتائج الأفكار)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "أنه لو أنكر إلخ" أي لو أنكر عقد الإجارة كان القول قول رب الثوب، فكذا إذا أنكر صفته. (ك)

(١٣) بأن قال: كان ذلك وديعة.

(١٤) الإذن.

(١٥) صاحب الثوب.

(١٦) ذلك الشيء.

قال[١] : وإذا حلف، فالخياط ضامن، ومعناه ما مر من قبل[٢] أنه[٣] بالخيار إن شاء ضمنه[٤]، وإن شاء أخذه[٥] وأعطاه أجر مثله[٦]، وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف[٧] إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض، وإن شاء أخذ الثوب[٨]، وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى، وذكر في بعض النسخ[٩] يضمنه[١٠] ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغاصب[١١].

وإن قال صاحب الثوب : عملته لي بغير أجر، وقال الصانع : بأجر فالقول قول صاحب الثوب؛ لأنه ينكر تقوم عمله[١٢]، إذ هو يتقوم بالعقد[١٣]، وينكر الضمان[١٤]، والصانع يدعيه، والقول قول المنكر. وقال أبو يوسف : إن كان الرجل[١٥] حريفًا له[١٦] أي خليطا له فله الأجر، وإلا فلا[١٧]، لأن سبق ما بينهما[١٨]

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "ما مر من قبل" أي قبل باب الإجارة الفاسدة في مسألة ومن وقع إلى خياط ثوبًا ليخيط قميصًا بدرهم فخاطه قباء. (ك)

(٣) أي أن رب الثوب.

(٤) أي قيمة الثوب.

(٥) القميص.

(٦) لا يجاوز به المسمى.

(٧) رب الثوب.

(٨) الأصفر.

(٩) أي نسخ القدوري.

(١٠) قوله: "يضمنه" أي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ، فالأولى أعني قوله: لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية، والثاني أعني قوله: يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد. (ع)

(١١) قوله: "لأنه [أي الصباغ] بمنزلة إلخ" فالصباغ إذا خالف بصبغ الأصفر، وكان إذنه أحمر، فإن شاء رب الثوب ضمنه قيمة ثوب أبيض، وإن شاء أخذ، وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، ولا أجر له. (عيني)
قوله: "بمنزلة الغاصب [والحكم في الغصب كذلك]" لأنه لما خالف أمر الآمر في الوصف صار بمنزلة الغصب. (ك)

(١٢) الصانع.

(١٣) قوله: "إذ هو [العمل] يتقوم إلخ" ولا عقد ههنا حيث ادعى العمل بغير أجر، ودعوى العمل بغير أجر إعانة، والإعانة تبرع. (ك)

(١٤) أي وجوب الأجر. (ك)

(١٥) الصانع.

(١٦) قوله: "حريفًا له" الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف، وهو الاكتساب، وحريف الرجل معامله، وفسره ههنا بالخليط، وأراد به من يكون بينك وبينه أخذ وإعطاء مثل أن كان الرجل يعامل قصارًا وكان يدفع إليه الثوب بأجرة ويقاطعه ودفع الثوب إليه في هذه النوبة ولم يقاطعه فله أجر مثل عمله، أي القول قوله في أنه عمله بأجر. (ك)

(١٧) أي وإن لم يكن حريفًا له فلا أجرة.

يعين جهة الطلب بأجر جريًا على معتادهما[1].

وقال محمد[2]: إن كان الصانع معروفًا[3] بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله، لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك[4] مجرى التنصيص على الأجر اعتبارًا للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر[5]، والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع[6]، والحاجة ههنا إلى الاستحقاق[7]، والله أعلم.

باب فسخ الإجارة[8]

قال[9]: ومن استأجر دارًا، فوجد بها عيبًا[10] يضر بالسكنى[11]، فله الفسخ؛ لأن المعقود عليه المنافع، وأنها توجد شيئًا فشيئًا، فكان هذا عيبًا حادثًا قبل القبض[12]، فيوجب الخيار، كما في البيع[13]، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب، فيلزمه جميع البدل، كما في البيع[14]، وإن فعل المؤاجر ما أزال به العيب[15]، فلا خيار للمستأجر لزوال سببه[16].

---

(١٨) أي ما بين رب الثوب والصانع مثلا من التعامل بأجر.

(١) من التعامل بالأجر.

(٢) قال شيخ الإسلام: وعليه الفتوى.

(٣) بأن اتخذ دكانًا وانتصب بالعمل.

(٤) الفتح.

(٥) للإجارة والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد.

(٦) عن نفسه.

(٧) لأن الأجير يدعي استحقاق الأجر.

(٨) قوله: "باب فسخ الإجارة" ذكر باب الفسخ آخرًا لأن فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرًا. (نتائج)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) كانهدام بيت من الدار.

(١١) قوله: "يضر بالسكنى" قيد العيب بالإضرار بالسكنى لأنه إذا كان عيبًا لا يضر بالسكنى كحائط سقط، ولم يكن محتاجًا إليه في السكنى لم يثبت الخيار، وكذا لو كان المستأجر عبدًا للخدمة، فسقط شعره، أو ذهب إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة لم يثبت له الخيار. (عيني)

(١٢) قوله: "فكان هذا [أي ما وجد من العيب] إلخ" فكل جزء منه بمنزلة الابتداء، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثًا بعد قبض المستأجر أو قبله، لأن الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع. (ع)

(١٣) فإن فيه خيار الرد بالعيب.

(١٤) قوله: "كما في البيع" إذا رضي بالعيب لا يرجع بالنقصان كذلك ههنا إذا رضي بالعيب لا يكون له أن ينقص في أجرة الدار شيئًا في مقابلة العيب. (عيني)

(١٥) بأن أصلح في الدار المستأجرة ما كان يضر بالسكنى.

قال: وإذا خربت الدار[١]، أو انقطع شرب[٢] الضيعة[٣]، أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد فات -وهى المنافع المخصوصة- قبل القبض، فشابه فوت المبيع قبل القبض[٤]، وموت العبد المستأجر.

ومن أصحابنا[٥] من قال: إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه الإباق فى البيع قبل القبض[٦].

وعن محمد أن الآجر لو بناها[٧] ليس للمستأجر أن يمتنع[٨]، ولا للآجر[٩]، وهذا[١٠] تنصيص منه على أنه[١١] لم ينفسخ لكنه يفسخ[١٢]، ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن، فعليه من الأجر بحصته؛ لأنه جزء من المعقود عليه.

قال: وإذا مات[١٣] أحد المتعاقدين وقد[١٤] عقد الإجارة لنفسه[١٥] انفسخت الإجارة، لأنه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة له[١٦]، أو الأجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة[١٧] بالعقد، لأنه[١٨] ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز[١٩].

---

(١٦) أى سبب الخيار.

(١) المستأجرة.

(٢) قوله: "شرب" الشرب لغةً النصيب من الماء الجارى، أو الراكد للحيوان أو الجماد، وشريعة زمان الانتفاع بالماء سقيا للمزارع أو الدواب. (مجمع الأنهر)

(٣) بالفتح: زمين سير حاصل وبسار بر آمد از غله وجز آن. (من)

(٤) فينفسخ البيع.

(٥) شمس الأئمة السرخسى.

(٦) أى إباق العبد المبيع وهو لا يوجب الفسخ.

(٧) الدار المستأجرة الخربة.

(٨) أى عن القبض. (ك)

(٩) أى ليس للآجر أن يمتنع عن التسليم.

(١٠) أى ما روى عن محمد.

(١١) الإجارة.

(١٢) أى يستحق الفسخ.

(١٣) هذه مسألة القدورى.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) أى ليس هو وكيلا ولا وصيًا، ولا متوليًا فى الوقف.

(١٦) بالعقد.

(١٧) حال.

وإن عقدها[١] لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل[٢] والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه[٣] من المغنى، قال: ويصح[٤] شرط الخيار[٥] فى الإجارة[٦].

وقال الشافعى: لا يصح، لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه[٧]، ولو كان[٨] للمؤاجر، فلا يمكنه التسليم أيضًا على الكمال[٩]، وكل ذلك[١٠] يمنع الخيار[١١].

ولنا أنه عقد معاملة[١٢] لا يستحق القبض فيه فى المجلس[١٣]، فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع[١٤]، والجامع بينهما[١٥] دفع الحاجة[١٦]، وفوات بعض المعقود عليه

---

(١٨) أى لأن الذى يتركه الميت.

(١٩) قوله: "وذلك لا يجوز" أى صيرورة المنفعة المملوكة، أو الأجرة المملوكة لغير العاقد حال كونها مستحقة بالعقد لا يجوز. (عينى)

(١) الإجارة.

(٢) قوله: "مثل الوكيل" أى إذا عقد الوكيل للموكل، ثم مات الوكيل لا ينفسخ، وكذا إذا عقد الوصى للصبى فمات الوصى لا يبطل العقد، وكذا إذا مات المتولى لبقاء المستحق، والمستحق عليه. (مل)

(٣) قوله: "لانعدام ما أشرنا إليه" وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد، فإنه فى الابتداء كان واقعًا لغير العاقد، وهى بعد الموت كذلك. (ع)

(٤) هذه أيضًا مسألة القدورى.

(٥) من المؤاجر أو المستأجر.

(٦) ويعتبر أو ل المدة من وقت سقوط الخيار. (ك)

(٧) قوله: "لفوات بعضه" فإن بعضه فات فى مدة الخيار، فلا يتمكن من رد كل المعقود عليه فإذا لم يتمكن يبطل. (عينى)

(٨) الخيار المعقود عليه.

(٩) لأن ما مضى فى مدة الخيار لا يمكنه تسليمه. (تبيين)

(١٠) قوله: "وكل ذلك" أى عدم إمكان رد المعقود عليه بكماله إذا كان الخيار للمستأجر، وعدم إمكان التسليم أيضًا على الكمال إذا كان الخيار للمؤجر. (عينى)

(١١) قوله: "يمنع الخيار" وهذا بناء على أصله أن المنافع جعلت فى الإجارة كالأعيان القائمة، وفوات بعض العين فى المبيع يمنع الفسخ كذا ههنا. (عناية)

(١٢) قوله: "عقد معاملة" هذا احتراز عن النكاح فإن مطلق المعاملة ينصرف إلى المعاوضات، وفى بعض النسخ أنه عقد مقابلة، أى معاوضة، لأن فيها تقابل العوضين، وأما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة. (ك)

(١٣) قوله: "لا يستحق القبض إلخ" احتراز عن الصرف والسلم فإن قبض البدل شرط فى المجلس، فلم يجز فيه شرط الخيار. (ك)

(١٤) فإنه يجوز شرط الخيار فيه.

(١٥) أى بين الإجارة والبيع.

فى الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب[(١)]، فكذا[(٢)] بخيار الشرط، بخلاف البيع[(٣)]، وهذا[(٤)] لأن رد الكل ممكن فى البيع دون الإجارة، فيشترط فيه[(٥)] دونها، ولهذا يجبر المستأجر على القبض[(٦)]، إذا سلم المؤاجر بعد مضى بعض المدة.

قال[(٧)]: وتفسخ الإجارة بالأعذار[(٨)] عندنا، وقال الشافعى: لا تفسخ إلا بالعيب، لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان، حتى يجوز العقد عليها[(٩)]، فأشبه البيع[(١٠)]. ولنا: أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها، فصار العذر فى الإجارة كالعيب قبل القبض فى البيع، فتفسخ به[(١١)]، إذ المعنى[(١٢)] يجمعهما[(١٣)]، وهو عجز العاقد عن المضى[(١٤)] فى موجبه[(١٥)] إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به[(١٦)]، وهذا هو

---

(١٦) قوله: "دفع الحاجة" فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التردى لئلا يقع فيه الغبن. (عينى)

(١) بالإجماع.

(٢) أى لا يمنع الرد.

(٣) قوله: "بخلاف البيع" متعلق بقوله: وفوات بعض المعقود عليه، أى فوات بعض المعقود عليه فى الإجارة لا يمنع الرد بالخيار بخلاف البيع فإن فوات بعض المعقود عليه فى البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط لما أن التكليف إنما شرع بحسب الوسع والطاقة، ففى البيع رد المبيع كما هو ممكن فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للرد لإمكانه، ولم يشترط فى الإجارة ذلك لعدم إمكانه حتى لو اشترى شيئًا ولم يعلم بأنه معيب ثم حدث فى يد المشترى عيب آخر لم يجز له الرد بالعيب لفوات بعض المعقود عليه بالعيب الحادث. (ك)

(٤) أى الفرق بين الإجارة والبيع.

(٥) البيع.

(٦) قوله: "ولهذا [أى لعدم شرط تسليم الكل فى الإجارة] يجبر إلخ" أى إذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة كما إذا استأجر دارًا سنة فلم يسلمها إليه، حتى مضى شهر، وقد طلب التسليم، أو لم يطلب، ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع عن القبض فى باق السنة عندنا، لأن الخيار لو ثبت إنما ثبت لتفرق الصفقة فى المعقود عليه، والعقد كما وقع وقع متفرقا فإنه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا، فصار الجزء الثانى من المنفعة مستحقًا بعقد آخر، وما ملك بعقدين فتعذر التسليم فى أحد العقدين لا يؤثر فى الآخر. (ك)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) العذر ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاءه، ولا يندفع بدون فسخ العقد كذا قيل.

(٩) كما يجوز على الأعيان.

(١٠) فكما أن البيع لا يفسخ إلا بالعيب بدون الأعذار كذلك الإجارة.

(١١) أى بالعذر.

(١٢) المجوز للفسخ.

(١٣) الإجارة والبيع. (ع)

(١٤) قوله: "وهو عجز العاقد إلخ" فإن جواز هذا العقد للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فإذا زال الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بأصل القياس، وقلنا: العقد فى حكم المضاف فى حق المعقود عليه والإضافة فى عقود التمليكات يمنع اللزوم فى الحال كالوصية. (ك)

معنى العذر عندنا.

وهو[1] كمن استأجر حداداً[2] ليقلع ضرسه[3] لوجع به[4]، فسكن الوجع[5]، أو استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت[6] منه[7] تفسخ الإجارة؛ لأن في المضي عليه[8] إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد[9].

وكذا من استأجر دكانًا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله، وكذا إذا آجر دكانًا، أو داراً، ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضاءها إلا بثمن ما آجر فسخ القاضى العقد[10]، وباعها[11] فى الدين؛ لأن فى الجرى على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهو الحبس[12]؛ لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر[13].

ثم قوله[14]: فسخ القاضى العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضى فى النقض، وهكذا ذكر[15] فى "الزيادات" فى عذر الدين.

وقال[16] فى "الجامع الصغير": وكل ما ذكرنا أنه عذر، فإن الإجارة فيه

---

(١٥) العقد.

(١٦) العقد.

(١) العذر.

(٢) قوله: "حداداً" أراد به قلاع السن، وإطلاق الحداد عليه باعتبار تلك البلاد، فإن عندهم لا يقلع السن غالبًا إلا الحداد. (عينى)

(٣) ضرس -بالكسر-: دندان. (من)

(٤) أى بالضرس.

(٥) فالإجارة تفسخ.

(٦) المرأة.

(٧) الزوج.

(٨) العقد.

(٩) فثبت له حق الفسخ دفعًا للضرر.

(١٠) قوله: "فسخ القاضى العقد" اختلفوا فى فسخ القاضى قيل: يبيع الدار، فينفذ البيع فتنفسخ الإجارة ضمنًا، وإنما لا ينتقض قصداً لأنه لو نقضها قصداً ربما لا ينتقض البيع، فيكون النقض إبطالا لحق المستأجر قصداً، وأنه لا يجوز، وقيل: يفسخ الإجارة، ثم يبيع الدار. (عينى)

(١١) دار ودكان.

(١٢) قوله: "وهو الحبس" لأنه إذا بقيت الإجارة مع ذلك يحبسه القاضى لقضاء الدين، والحبس ضرر زائد. (عينى)

(١٣) لا سيما إذا كان له عقار مستأجرة.

(١٤) أى قول القدورى فى "المختصر". (ف)

(١٥) محمد. (عينى)

(١٦) محمد.

تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي[١].

ووجهه[٢] أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر[٣] فيتفرد العاقد بالفسخ، ووجه الأول[٤] أنه فصل مجتهد فيه[٥]، فلا بد من إلزام القاضي[٦]، ومنهم من وفّق[٧]، فقال: إن كان العذر ظاهراً[٨] لا يحتاج إلى القضاء، وإن كان[٩] غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر.

ومن استأجر دابة ليسافر عليها، ثم بدا له[١٠] من السفر فهو عذر؛ لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد، لأنه ربما يذهب للحج، فذهب وقته، أو لطلب غريمه فحضر[١١]، أو للتجارة فافتقر.

وإن بدا للمكاري[١٢]، فليس ذلك بعذر؛ لأنه يمكنه أن يقعد، ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره. ولو مرض المؤاجر فقعد[١٣] فكذا الجواب[١٤] على رواية الأصل[١٥]، وذكر الكرخي أنه عذر لأنه لا يعرى[١٦] عن ضرر[١٧]، فيدفع عنه عند

---

(١) وصححه قاضي خان.

(٢) أي وجه ما ذكر في "الجامع الصغير".

(٣) أنفا من قوله: فصار العذر في الإجارة كالعيب إلخ.

(٤) أي ما في "الزيادات".

(٥) لأن فيه خلاف الشافعي على ما ذكر، فيرتفع الخلاف. (ك)

(٦) وصححه شمس الأئمة.

(٧) بين رواية "الجامع الصغير" و "الزيادات".

(٨) قوله: "ظاهراً" بأن اختلعت المرأة أو ماتت فيما إذا استأجر بطبخ طعام الوليمة، أو مات الولد إذا استأجره ليختنه، أو برأت اليد إذا استأجر لقطعها من الأكلة، أو سكن وجع سنه إذا استأجر لقلعه. (عيني)

(٩) العذر.

(١٠) قوله: "ثم بدا له [أي ظهر له فيه رأي منعه عن ذلك. ع]" معناه إن بدا له صلاح خلاف ما قصده من السفر فالفاعل مضمر لا محذوف بدلالة محل الكلام عليه، فصح عود الضمير إليه، كما في قولهم: إن كان غداً فأتني، أي إن كان ما نحن فيه عليه غداً فأتني. (أعظمي)

(١١) الغريم.

(١٢) بكرايه دهنده. (من)

(١٣) عن المضي.

(١٤) أي ليس بعذر، لأنه يمكن له أن يبعث الدواب إلخ.

(١٥) مبسوط.

(١٦) قوله: "لأنه لا يعرى إلخ" يعني أن البعث على يد الغير لا يعرى عن نوع ضرر، فيعتبر عذراً في حالة العجز، وإن لم يعتبر عذراً في حالة القدرة. (مل)

(١٧) لأن غيره لا يشفق على دابته. (تبيين)

الضرورة[١] دون الاختيار[٢]، ومن آجر عبده، ثم باعه فليس بعذر[٣]؛ لأنه لا يلزمه[٤] الضرر بالمضي على موجب العقد، وإنما يفوته الاسترباح، وأنه أمر زائد[٥]. قال: وإذا استأجر الخياط غلامًا[٦] فأفلس[٧] وترك العمل فهو عذر، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده، وهو رأس ماله، وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه[٨]، أما الذي يخيط بأجر[٩] فرأس ماله الخيط[١٠] والمخيط[١١] والمقراض، فلا يتحقق الإفلاس[١٢] فيه[١٣].

وإن أراد ترك الخياطة، وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر؛ لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية، وهو يعمل في الصرف في ناحية، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكانًا للخياطة، فأراد أن يتركها، ويشتغل بعمل آخر حيث جعله[١٤] عذرا ذكره في "الأصل"[١٥]، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا[١٦] العامل

---

(١) كالمرض.

(٢) وهو ما إذا بدا له من السفر. (ك)

(٣) قوله: "فليس بعذر" فإن باعه مع هذا هل يجوز ففيه اختلاف ألفاظ الروايات، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح إجارات "الأصل": والصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر، وليس للمستأجر أن يفسخ البيع، وإليه مال الصدر الشهيد. (ك)

(٤) المؤجر.

(٥) قوله: "وأنه أمر زائد" كشف هذه المسألة موقوف على معرفة المنفعة والضرر، فنقول المنفعة اللذة وما يتوسل به إليها، والضرر الألم وما يتوسل به إليه، ومنفعة الشخص لذة حاصلة له بالفعل، أو وسيلتها الحاصلة له بالفعل، وأما عدم حصول المنفعة المترقبة، فليس بضرر كالربح، وإلا يكون كل شخص في كل آن متضررا لعدم حصول الربح والبداهة شاهدة على بطلان كونه ضررا لعدم وجدان الألم إذ المنفعة المترقبة أمر زائد على حقيقة المنفعة، فلا يكون فواتها ضررا لما عرفت من معنى الضرر. (أعظمي)

(٦) ليخيط للخياط.

(٧) وذهب رأس ماله.

(٨) بأن يشتري الثياب، ويخيطها، ويبيعها في السوق.

(٩) وليس له رأس مال.

(١٠) رشته.

(١١) سوزن. (من)

(١٢) قوله: "فلا يتحقق إلخ" قيل: ويتحقق إفلاسه بأن يظهر خيانته عند الناس، فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه، أو يلحقه ديون كثيرة، ويصير بحيث إن الناس لا يأتمنون على أمتعتهم. (عيني)

(١٣) فترك عمله ليس بعذر.

(١٤) محمد.

(١٥) المبسوط.

شخصان[1] فأمكنهما[2].

ومن استأجر غلامًا ليخدمه فى المصر، ثم سافر فهو عذر[3]؛ لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد، لأن خدمة السفر أشق، وفى المنع من السفر ضرر، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرًا. وكذا إذا أطلق[4] لما مر[5] أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما إذا آجر عقارًا[6]، ثم سافر[7]، لأنه لا ضرر، إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته[8] حتى لو أراد المستأجر السفر، فهو عذر لما فيه من المنع من السفر، أو إلزام الأجر بدون السكنى، وذلك ضرر[9].

مسائل منثورة[10]

قال: ومن استأجر أرضًا، أو استعارها، فأحرق الحصائد[11]، فاحترق شيء فى أرض أخرى، فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعدٍّ[12] فى هذا التسبيب، فأشبه حافرًا لبئر

---

(١٦) أى فى مسألة ترك الخياطة وإرادة عمل الصرف.

(١) أحدهما المستأجر والآخر غلام المستأجر.

(٢) أى العمل لعدم التعذر.

(٣) قوله: "فهو عذر [أى السفر عذر يفسخ به الإجارة]" قيل: فإن قال المؤجر: لا يريد السفر لكنه يريد فسخ الإجارة، واصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضى يسأله عمن يسافر معه، فإن قال: فلان فلان، فالقاضى سألهم أن فلانًا هل يخرج معكم أم لا؟، فإن قالوا: نعم، يثبت العذر، وإلا فلا.

وقيل: إذا أنكر المؤجر السفر، فالقول قوله، وقيل: يحلف القاضى المستأجر بالله أنك عزمت على السفر، وإليه مال الكرخى والقدورى. (ع)

(٤) قوله: "وكذا إذا أطلق" أى أطلق إجارة العبد للخدمة مثل أن يقول: استأجرت هذا العبد للخدمة، ولم يقل: فى الحضر، أو فى السفر، فلا يكون له أن يسافر به. (عينى)

(٥) فى فصل إجارة العبد.

(٦) قوله: "آجرا عقارًا" وفى "الذخيرة": ولو أراد رب العبد أن يسافر لا يكون ذلك عذرا له فى فسخ الإجارة، لأنه يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه فى مكان معين بأن يخرج إلى السفر، ويخلى بين المستأجر وبين العبد، فعلم أن ذكر العقار ليس بقيد. (ك)

(٧) المؤجر.

(٨) المؤجر.

(٩) للمستأجر.

(١٠) قوله: "مسائل منثورة" أى مسائل نثرت عن أماكنها، وذكرت ههنا تلافيًا لما فات. (نتائج)

قوله: "منثورة" وهى مسائل تتعلق بالإجارة لتستتبع مسائل متعلقة بأحوال غير الإجارة، فلذلك سميت مسائل منثورة. (أعظمى)

(١١) قوله: "فأحرق الحصائد [حصد مزرع: جزه. ك]" الحصائد جمع حصيد وحصيدة، وهما الزرع المحصود، وأريد به ههنا ما بقى فى الأرض من أصول القصب المحصود. (ن)

(١٢) قوله: "غير متعد إلخ" والضمان بطريق التسبيب يعتمد التعدى فى السبب، ألا ترى أن من حفر بئرا فى داره،

في دار نفسه. وقيل[١]: هذا إذا كانت الرياح[٢] هادنة[٣]، ثم تغيرت[٤]، أما إذا كانت[٥] مضطربة[٦] يضمن، لأن موقد النار[٧] يعلم أنها لا تستقر في أرضه.

قال[٨]: وإذا أقعد الخياط[٩]، أو الصباغ في حانوته مَنْ يطرح عليه العمل بالنصف، فهو جائز[١٠]؛ لأن هذه شركة الوجوه[١١] في الحقيقة[١٢]، فهذا بوجاهته يقبل[١٣]، وهذا[١٤] بحذاقته يعمل، فينتظم بذلك المصلحة، فلا تضره الجهالة[١٥] فيما يحصل.

فوقع فيها إنسان فهلك، لا يضمن الحافر، لأنه غير متعدٍّ. (ك)

(١) قوله: "وقيل" قائله شمس الأئمة السرخسي، هذا أي عدم الضمان بإحراق الحصائد إذا احترق شيء من أرض أخرى. (عيني)

(٢) حين أوقد النار.

(٣) من هدن إذا سكن. (ن)

(٤) أي قويت واشتدت.

(٥) الرياح.

(٦) حين أوقدها.

(٧) في اليوم الريح. (ك)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "وإذا أقعد إلخ" صورة المسألة إذا كان القصار، أو الصباغ، وكان معروفًا، وهو رجل مشهور عند الناس، وله وجاهة، ولكنه غير حاذق، فيقعد في دكانه رجلا حاذقًا يقبل العمل من الناس، ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان. (ك)

(١٠) قوله: "فهو جائز" والقياس أن لا يصح، لأن المتقبل من العمل إن كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف، وهو مجهول، لأن الأجرة بعض ما يخرج من العمل، فصار كقفيز الطحان، وإن كان المتقبل هو العامل، وهو مستأجر بموضع من دكانه بنصف ما يعمل، وذلك مجهول أيضًا. (تبيين)

(١١) قوله: "لأن هذه شركة الوجوه إلخ" قال الإمام الزيلعي في "شرح الكنز": فيه نوع إشكال، فإن تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجاهتهما ويبيعا، وليس في هذا بيع ولا شراء، فكيف يتصور أن يكون شركة الوجوه، انتهى، ويمكن أن يقال: إن معنى كلامه أن هذه المعاقدة وإن كانت بحسب الصورة، وظاهر الحال عقد إجارة بالنصف إلا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه، أي عقد شركة التقبل بالوجاهة.

وقال صاحب "معراج الدراية": تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليها، وأحدهما يتولى القبول من الناس، والآخر يتولى العمل بحذاقته، وهو متعارف وجب القول بصحته. (نتائج)

(١٢) وليست بإجارة. (م)

(١٣) قوله: "فهذا [أي الخياط أو الصباغ] بوجاهته يقبل [العمل من الناس]" وكان الآخر يشاركه على أن يتقبل الأعمال، فقبل أحدهما، وعمل الآخر، فيكون الأجر بينهما، كما لو صرحا بشركة التقبل، ثم تقبل أحدهما، وعمل الآخر يكون الأجر بينهما. (ك)

(١٤) أي من يطرح عليه العمل.

(١٥) كما في الشركة. (م)

قال: ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا[(١)]، وراكبين إلى مكة جاز، وله[(٢)] المحمل المعتاد، وفى القياس لا يجوز، وهو قول الشافعى للجهالة[(٣)]، وقد يفضى ذلك إلى المنازعة، وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب، وهو معلوم[(٤)] والمحمل تابع، وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف، فلا تفضى إلى المنازعة، وكذا[(٥)] إذا لم ير[(٦)] الوطاء والدثر[(٧)].

قال: وإن شاهد الجمال المحمل[(٨)]، فهو أجود؛ لأنه أنفى للجهالة[(٩)]، وأقرب إلى تحقيق الرضا.

قال: وإن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد، فأكل منه فى الطريق جاز أن يزيد عوض ما أكل؛ لأنه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق، فله أن يستوفيه، وكذا غير الزاد[(١٠)] من المكيل والموزون، وردّ الزاد معتاد عند البعض[(١١)] كردّ الماء[(١٢)]، فلا مانع من العمل بالإطلاق[(١٣)].

---

(١) قوله: "محملا [المحمل –بفتح الميم الأول وكسر الثانى أو على العكس– الهودج الكبير الحجاجى. [محمل كجاوه كه بر شتر بند ند وهودج. غياث] وأما التسمية بغير المحمل به فمجاز، وإن لم نسمعه، ومنه قوله فى "الإيضاح" فى استطاعة السبيل: ما يكترى به شق محمل، أى نصفه. (مغرب)

(٢) المستأجر.

(٣) أى الجهالة قدر المحمل فى الطول والعرض والثقل.

(٤) لأن أجسام الناس متقاربة غالبًا.

(٥) أى يجوز.

(٦) الجمال.

(٧) قوله: "الوطاء والدثر [گستروني. من]" الوطاء: الفراش، والدثر جمع دثار: وهو كل ما ألقيته عليك من كساء وغيره. (كفاية) دثار –بالكسر–: جامه برتن، وهو ما فوق الشعار من الثياب. (من)

(٨) بإراءة المستأجر.

(٩) لأن بمشاهدة الجمال إياه يرتفع النزاع أصلا.

(١٠) قوله: "وكذا غير الزاد" أى وكذا له أن يرد غير الزاد فيما إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدراً معينًا من المكيل أو الموزون إذا نقص منهما. (عينى)

(١١) قوله: "ورد الزاد إلخ" هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: مطلق العقد محمول على العادة، وفى عادات المسافرين أنهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئًا من مكانه، فأجاب أن العرف مشترك، فإنه معتاد عند البعض. (ك)

(١٢) فإنهم يردون بدل الماء عند الشرب والاستعمال.

(١٣) قوله: "فلا مانع من العمل بالإطلاق" وهو إنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم فى مسافة معلومة، ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقص من المحمول، فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالإطلاق، وعدم المانع. (عينى)

كتاب المكاتب[١]

قال[٢]: وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه، وقبل العبد ذلك صار مكاتبًا[٣]، أما الجواز[٤] فلقوله تعالى: ﴿فكَاتِبُوهُمْ[٥] إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، وهذا[٦] ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء[٧]، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح[٨]، ففي[٩] الحمل على الإباحة إلغاء الشرط[١٠]، إذ هو[١١] مباح بدونه.

أما الندبية فمعلقة به، والمراد بالخير المذكور على ما قيل[١٢]: أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضر بهم، فالأفضل أن لا يكاتبه وإن[١٣] كان يصح لو فعله[١٤]، وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه، فلا بد من التزامه.

ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه السلام[١٥]: «أيما عبد كوتب على مائة

---

(١) قوله: "كتاب المكاتب" أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة. (ن)

قوله: "المكاتب" الكتابة عقد شرع بين المولى وعبده بلفظ الكتابة، وما يؤدي مؤداه يوجب التحرير يدًا في الحال، ورقبة في المآل، وقيل: سمي كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى، وللعبد على المولى.

وركنها الإيجاب والقبول، وسببها تعلق البقاء المقدور، وشرطها قيام الرق في المحل، وكون المسمى مالا معلومًا قدره وجنسه. وحكمها صيرورة العبد أخص بنفسه، ومنافع نفسه من سيده حتى لا يبقى له عليه، ولا على أكسابه سبيل. (مل)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "صار مكاتبًا" إنما استعمل هذا من باب المفاعلة التي تقتضي الاشتراك بين الاثنين، لأن المولى كتب على نفسه العتق، والعبد الأداء، فاشتركا في أصل الفعل. (عيني)

(٤) أي جواز الكتابة.

(٥) أي العبيد الذين يبتغون الكتاب.

(٦) الأمر.

(٧) قوله: "بإجماع بين الفقهاء" خص الفقهاء لأن عند أصحاب الظواهر كداود الإصفهاني، ومن تابعه إن هذا أمر إيجاب حتى إذا طلب العبد من مولاه الكتابة، وقد علم المولى فيه خيرًا وجب عليه أن يكاتبه. (تاج الشريعة)

(٨) قوله: "هو الصحيح" وقال بعض مشايخنا: الأمر قد يكون لبيان الإباحة والجواز كقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾، وقوله: ﴿إن علمتم فيهم خيرًا﴾ مذكور على وفاق العادة، لأن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيرًا، ولكن هذا ضعيف، لأن فيه إلغاء الشرط إذ الإباحة ثابتة بدون هذا الشرط. (ك)

(٩) الفاء للتعليل.

(١٠) أي قوله: ﴿إن علمتم فيهم خيرًا﴾.

(١١) أي عقد الكتابة.

(١٢) في قوله تعالى: ﴿إن علمتم فيهم خيرًا﴾.

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) أي المولى عقد الكتابة.

(١٥) أخرجه أبو داود. (ت)

دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد»*، وقال عليه السلام[٢]: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»**، وفيه[٣] اختلاف الصحابة رضي الله عنهم[٤]، وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه[٥]. ويعتق[٦] بأداءه، وإن لم يقل المولى[٧]: إذا أديتها[٨] فأنت حر؛ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع[٩]، ولا يجب حط شيء[١٠] من البدل[١١] اعتباراً بالبيع[١٢].

قال[١٣]: ويجوز أن يشترط المال[١٤] حالا[١٥]، ويجوز مؤجلا[١٦] ومنجما[١٧].

وقال الشافعي: لا يجوز حالاً، ولا بد من تنجيم[١٨]، لأنه[١٩] عاجز عن

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٦٩ ص١٩١. (نعيم)

(٢) أخرجه أبو داود. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٠ ص١٩١. (نعيم)

(٣) أي في وقت عتق المكاتب.

(٤) قوله: "اختلاف الصحابة" قال زيد بن ثابت مثل قولنا، وقال علي رضي الله عنه: يعتق بقدر ما أدى، وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: إذا أدى قدر قيمته يعتق، وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريماً من غرماءه، وقال عبد الله بن عباس رضي الله عنه: إذا أخذ العبد صحيفة الكتابة يعتق في الحال بنفس العقد، وهو غريم المولى بما عليه من بدل الكتابة. (حميدية)

(٥) وإنما اخترناه لأنه مؤيد بالأحاديث.

(٦) المكاتب.

(٧) قوله: "وإن لم يقل المولى إلخ" قال الشافعي: لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا إن أديته فأنت حر. (عيني)

(٨) الألف.

(٩) قوله: "كما في البيع" يعني لا يحتاج ثمه إلى قول البائع للمشتري أن ملكتني الثمن ملكت المبيع. (عيني)

(١٠) قوله: "ولا يجب حط شيء [بل هو مندوب]" وقال الشافعي: يجب حط ربع البدل لقوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾، وعن علي رضي الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه السلام أنه قرأ هذه الآية، وقال: «هو ربع الكتابة»، وعن الكلبي المراد بالإيتاء دفع الصدقة إليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، وهو الظاهر، لأن الإيتاء يدل على التمليك، وذا في التصديق عليهم، لأن الحط لا يكون تمليكاً. (ك)

(١١) أي بدل الكتابة.

(١٢) قوله: "اعتباراً بالبيع" أراد أن عقد الكتابة عقد معاوضة، فلا يجب الحط فيه، كما لا يجب في البيع. (عيني)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) أي بدل الكتابة.

(١٥) قوله: "حالا" أي نقداً كله كقوله: على ألف درهم فإنه يمكنه أن يحصله بالاستقراض، أو الاستيهاب عقب العقد، كذا نقل في "رد المحتار" عن الإتقاني.

(١٦) قوله: "ويجوز مؤجلا [أي كله]" أي غير منجم بأن أجله إلى شهر أو شهرين، أو سنة أو سنتين. (مل)

(١٧) أي مقسطاً موقتاً.

(١٨) تنجيم: باره باره گزاردن دام را. (من)

التسليم[١] في زمان قليل[٢] لعدم الأهلية[٣] قبله للرق، بخلاف السلم[٤] على أصله[٥]، لأنه أهل للملك[٦]، فكان احتمال القدرة ثابتًا، وقد دل الإقدام[٧] على العقد عليها[٨] فتثبت به[٩].

ولنا ظاهر ما تلونا[١٠] من غير شرط التنجيم، ولأنه عقد معاوضة[١١]، والبدل معقود به[١٢]، فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه، بخلاف السلم على أصلنا[١٣]؛ لأن المسلم فيه معقود عليه[١٤] فلا بد من القدرة عليه، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة[١٥]، فيمهله المولى ظاهرًا، بخلاف السلم، لأن مبناه[١٦] على المضايقة[١٧]، وفي الحال[١٨] كما امتنع[١٩] من الأداء[٢٠] يرد إلى الرق[٢١].

---

(١٩) المكاتب.

(١) أي أداء بدل الكتابة.

(٢) أي في الحال.

(٣) قوله: "لعدم الأهلية" أي لعدم أهلية الملك قبل عقد الكتابة لأجل الرق، لأنه كان مملوكًا لا يقدر على شيء، وفي زمان يسير لا يثبت القدرة عادة على الكسب على مال كثير. (عيني)

(٤) حيث جوزه حالا.

(٥) المسلم إليه.

(٦) قبل العقد، لكونه حرًا. (ع)

(٧) أي إقدام المسلم إليه على عقد السلم.

(٨) قدرة.

(٩) القدرة.

(١٠) قوله: "ولنا ظاهر ما تلونا [هو قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم﴾ الخ]" فمن شرط التأجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص نسخ من وجه. (ك)

(١١) قوله: "ولأنه [أي عقد كتابة] عقد إلخ" تحرير هذا الكلام أن عقد المعاوضة يعتمد المعقود عليه، ولا بد منه لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن، وبدل الكتابة معقود به لا محالة. (عيني)

(١٢) فعدم قدرة العبد على شيء قبل عقد الكتابة لا يضر.

(١٣) فإنه لا يجوز إلا مؤجلا.

(١٤) لما أن العقد يعتمد على المعقود عليه.

(١٥) قوله: "المساهلة [ساهله: آساني كرد باوى. (من) لأنه عقد كرم إذ العبد وما يملكه لمولاه]" فيكون الظاهر أنه لا يضيق عليه، ولا يطالبه بالأداء ما لم يعلم قدرته عليه إلا أنه لم يذكر الأجل ليكون متفضلا في تأخير المطالبة في الانتهاء كما كان منعمًا عليه في أصل العقد في الابتداء بخلاف السلم، لأن مبناه على المضايقة، فلا يمهله إذا عجز، فيجوز مؤجلا لا حالا. (ك)

(١٦) أي السلم.

(١٧) قوله: "على المضايقة" والمماكسة فالظاهر أنه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه. (عيني)

قال: وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء[١]، لتحقق الإيجاب والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه، والشافعي يخالفنا فيه[٢]، وهو[٣] بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة[٤]، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء[٥]، لأن القبول لا يتحقق منه[٦]، فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره[٧] لا يعتق[٨] ويسترد ما دفع[٩]. قال: ومن قال لعبده[١٠]: جعلت عليك ألفًا تؤديها إلي نجومًا[١١]، أول النجم كذا وآخره كذا، فإذا أديتها فأنت حر، وإن عجزت فأنت رقيق، فإن هذه مكاتبة[١٢]؛ لأنه[١٣] أتى بتفسير الكتابة.

قوله: "المضايقة" مضايقة: باهم دشوارى كردن وتنگ گرفتن. (من)

(١٨) قوله: "وفي [أي في عقد الكتابة في الحال] الحال" أي في الكتابة الحالة يرد إلى الرق كما عجز، لأن شرط الفسخ عجز المكاتب عن أداء البدل، وقد وجد. (ك)

(١٩) المكاتب.

(٢٠) بعد المطالبة.

(٢١) قوله: "إلى الرق" قال الاتقاني: ولكن لا يرد إلا بالتراضي، أو بقضاء القاضي. (رد المحتار)

(١) قوله: "إذا كان يعقل إلخ" أراد من قوله: يعقل يعلم أن الشراء جالب، والبيع سالب، ومعرفة ذلك أن الصبي إذا أعطى فلوسًا وأخذ الحلواء، ثم أخذ يبكي، ويقول: أعطِني فلوسي، فهو علامة كونه غير عاقل، وإن اتخذ الحلواء، ولم يسترد فلوسه، فهو عاقل. (عيني)

(٢) أي في الحكم المذكور.

(٣) أي هذا الخلاف منه.

(٤) قوله: "على مسألة إذن الصبي في التجارة" فإنه لا يجوز لأنه ليس من أهل التصرف، ولا يصح الإذن له، وعندنا هو من أهل التصرف، إذا عقل العقد. (ع)

(٥) قوله: "وهذا بخلاف ما إذا إلخ" في "شرح الطحاوي": وإذا كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فإنه يجوز ويتوقف على إدراكه فإن أدى هذا القابل عتق. (عيني)

(٦) إذ لا بد له من القبول.

(٧) أي عن الصغير الغير المميز.

(٨) قوله: "لا يعتق" لأن أداء البدل إنما يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل. (عيني)

(٩) من المال.

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(١١) قوله: "جعلت عليك ألفا إلخ" فقوله: فإذا أديتها فأنت حر، لا بد منه، لأن قوله: جعلت عليك يحتمل الكتاب، ويحتمل الضريبة، لأن المولى يستبد بضربة عبده، فلا يتعين جهة الكتابة، إلا بقوله: إذا أديتها فأنت حر، بخلاف قوله: كاتبتك لعدم الاحتمال، وقوله: إن عجزت فأنت رقيق، لا يحتاج إليه ههنا، وفي الكتابة أيضًا، وإنما ذكره حثًا للعبد على الأداء عند النجوم. (ك)

(١٢) قوله: "فإن هذه مكاتبة" حتى لا يجوز بيعه ويجوز فسخها بالتراضي، ولو أدى بعض البدل لم يبق محلا للتكفير، بخلاف المعلق عتقه بأداء المال، فإن هذه الأحكام تنعكس في حقه. (ك)

ولو قال: إذا أديت إلى ألفًا كل شهر مائة فأنت حر، فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان[١]، لأن التنجيم يدل على الوجوب[٢]، وذلك[٣] بالكتابة، وفي نسخ[٤] أبي حفص[٥] لا يكون مكاتبًا[٦] اعتبارًا بالتعليق بالأداء مرة[٧].

قال[٨]: وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى، ولم يخرج عن ملكه، أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة[٩]، وهو الضم، فيضم[١٠] مالكية يده[١١] إلى مالكية نفسه[١٢]، أو لتحقيق مقصود الكتابة[١٣]، وهو أداء البدل، فيملك[١٤] البيع والشراء، والخروج إلى السفر، وإن نهاه المولى[١٥]، وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا[١٦]، ولأنه[١٧] عقد معاوضة، ومبناه على المساواة، وينعدم ذلك[١٨] بتنجز العتق، ويتحقق بتأخره[١٩]، لأنه يثبت له[٢٠] نوع مالكية[٢١]، ويثبت

---

(١٣) المولى.

(١) تلميذ الإمام محمد.

(٢) قوله: "يدل إلخ" لأن التنجيم للتخفيف والتيسير، وذلك في المال، ولا يجب المال إلا بالكتابة، لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، إلا بالكتابة، فعرفنا أن المولى قصد إيجاب البدل بهذا التنجيم. (ك)

(٣) أي وجوب الدين للمولى على العبد.

(٤) أي نسخ مبسوطه.

(٥) الكبير تلميذ الإمام محمد.

(٦) قال فخر الإسلام: هو الأصح. (ك)

(٧) قوله: "اعتبارًا بالتعليق إلخ" يعني إذا قال: إن أديت إلى ألفا لا يكون كتابة، ويكون تعليق الحرية بالشرط، ولا يلزم قبول العبد، والتنجيم لا يدل على الكتابة لصحتها بدونه كما في الكتابة الحالة، والتفاوت بين رواية أبي حفص، وأبي سليمان أن العبد إذا أدى الألف مرة لا يعتق على رواية أبي حفص، لأن الشرط أن يؤدى كل شهر مائة، وعلى الرواية الأخرى يعتق لأنه أدى بدل الكتابة. (عيني)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) لغةً.

(١٠) قوله: "فيضم إلخ" فإن قيل: ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما، ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة، فكيف يتحقق الضم، وأجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر، فيتحقق الضم. (عناية)

(١١) الحاصلة في الحال.

(١٢) التي تحصل عند الأداء.

(١٣) فإنه لا يحصل لو لم يملك يدًا.

(١٤) المكاتب.

(١٥) عن السفر.

(١٦) قوله: "فلما روينا" وهو قوله عليه السلام: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم». (كفاية)

(١٧) عقد الكتابة.

(١٨) المساواة.

له[١] في الذمة[٢] حق من وجه[٣].

فإن أعتقه[٤] عتق بإعتاقه[٥]؛ لأنه[٦] مالك لرقبته، ويسقط عنه بدل الكتابة؛ لأنه[٧] ما التزمه[٨] إلا مقابلا بحصول العتق له، وقد حصل[٩] دونه[١٠].

قال[١١]: وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر[١٢]؛ لأنها صارت أخص بأجزاءها توسلا إلى المقصود بالكتابة، وهو الوصول إلى البدل من جانبه[١٣]، وإلى الحرية من جانبها بناء عليه[١٤]، ومنافع البضع ملحقة[١٥] بالأجزاء والأعيان.

وإن جنى[١٦] عليها، أو على ولدها لزمته[١٧] الجناية؛ لما بينا[١٨]، وإن أتلف[١٩]

---

(١٩) العتق.

(٢٠) أي للعبد الذي كوتب.

(٢١) وهو مالكية اليد، وهذا النوع أيضًا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقًا. (ع)

(١) أي للمولى.

(٢) أي ذمة المكاتب، وهو أصل البدل.

(٣) قوله: "حق من وجه" إنما كان حقًا من وجه لضعفه، فإنه ثابت في الذمة مع المنافي؛ إذ المولى لا يستوجب على العبد دينًا، ولهذا لا يصح الكفالة به. (عيني)

(٤) أي المولى المكاتب بأن نجز عتقه.

(٥) أي لا بالكتابة السابقة.

(٦) المولى.

(٧) العبد.

(٨) بدل.

(٩) العتق.

(١٠) بدل.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "العقر [ولو وطئ مرارًا لا يلزمه إلا عقر واحد. رد المحتار]" من أسماء المهر الصداق والعقر، وفي استيلاء "الجوهرة": العقر في الحرائر مهر المثل، وفي الإماء عشر قيمة البكر ونصف عشر قيمة الثيب، والظاهر أنه يشترط عدم نقصان العشر أو نصفه عن عشرة دراهم، فإن نقص وجب تكميله إلى العشرة، لأن المهر لا ينقص عن العشرة، سواء كان مهر المثل أو مسمّى، وقيل: في الجواري ينظر إلى مثل تلك الجارية جمالا ومولى بكم تتزوج، فيعتبر بذلك، وهو المختار، كذا نقل في "رد المحتار".

(١٣) المولى.

(١٤) أي على الوصول إلى البدل من جانبه.

(١٥) قوله: "ملحقة بالأجزاء والأعيان" حيث قابلها الشرع بالأعيان، قال تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾، ولو استحقت الجارية يغرم المشتري من العقر، وقيمة الولد دون المنفعة فعلم أن الوطئ في حكم جزء العين، ولو كان في حكم المنفعة لما غرم. (عيني)

(١٦) المولى.

مالا لها غرم؛ لأن المولى كالأجنبى فى حق إكسابها ونفسها، إذ لو لم يجعل[١] كذلك[٢] لأتلفه المولى، فيمتنع حصول الغرض[٣] المبتغى بالعقد.

فصل فى الكتابة الفاسدة[٤]

قال[٥]: وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير، أو على قيمته[٦] فالكتابة فاسدة، أما الأول[٧] فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم، لأنه ليس بمال[٨] فى حقه، فلا يصلح بدلا[٩]، فيفسد العقد، وأما الثانى[١٠] فلأن قيمته[١١] مجهولة قدراً[١٢] وجنساً[١٣] ووصفاً[١٤]، فتفاحشت الجهالة، وصار كما إذا كاتب على ثوب[١٥] أو دابة[١٦]، ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد[١٧]، لأنه موجب

---

(١٧) المولى.

(١٨) إشارة إلى قوله: لأنها صارت أخص توسلا إلخ.

(١٩) المولى.

(١) المولى.

(٢) أى كالأجنبى.

(٣) وهو حصول الحرية لها.

(٤) قوله: "فصل فى الكتابة الفاسدة إلخ" أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة. (نتائج)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى العبد بأن يقول: كاتبتك على قيمتك.

(٧) قوله: "أما الأول [أى ما إذا كاتب على خمر أو خنزير]" عبر عن مسألتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالأول دون الأولين لاتحادهما فى جهة الفساد، وهى عدم تحقق المالية فى شىء من الخمر والخنزير فى حق المسلم، فكأنما صار المسألة واحدة. (نتائج)

(٨) أى ليس بمال متقوم. (ك)

(٩) لأنه صار عقداً بلا بدل، فصار فاسداً.

(١٠) وهو ما إذا كاتبه على قيمة العبد.

(١١) أى قيمة العبد.

(١٢) يعنى مائة أو مائتين.

(١٣) يعنى دراهم أو دنانير.

(١٤) أى جيداً أو رديئاً.

(١٥) قوله: "كما إذا كاتب إلخ" وأنه لا يجوز لأن الثوب أو الدابة أجناس مختلفة، وما هو مجهول الجنس لا يثبت ديناً فى الذمة كما فى النكاح. (ك)

(١٦) فإنها تفسد لفحش الجهالة.

(١٧) قوله: "ولأنه [أى لأن قوله: كاتبتك على قيمتك] تنصيص إلخ" فإن قيل: لو كاتبه على عبد وسط، أو عبد مطلق يجوز وإن كانت القيمة تجب بهذه التسمية حتى لو أتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول، قلنا: القيمة فيما نحن بصدده يجب قصداً لا حكماً، لمكان التصريح بالقيمة، ويجب ثمة، حكماً لا قصداً لأنه تصريح بالعبد، وقد يثبت الشىء

للقيمة[١]. قال[٢]: فإن أدى الخمر[٣] عتق[٤]، وقال زفر: لا يعتق[٥] إلا بأداء قيمة الخمر[٦]، لأن البدل[٧] هو القيمة. وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر[٨]؛ لأنه[٩] بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة[١٠] أيضًا، لأنه[١١] هو البدل معنى. وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر[١٢]، إذا قال: إن أديتها فأنت حر، لأنه حينئذٍ يكون العتق بالشرط[١٣]، لا بعقد الكتابة، وصار كما إذا كاتب[١٤] على ميتة أو دم، ولا فصل[١٥] في ظاهر الرواية[١٦]. ووجه الفرق بينهما[١٧] وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة[١٨]، فأمكن[١٩] اعتبار معنى العقد فيهما[٢٠]، وموجبه العتق عند أداء العوض

حكمًا وضمنا لغيره وإنكان لا يثبت قصداً كبيع الأجنبية ونحوها. (ك)

(١) قوله: "لأنه موجب إلخ" لأن موجب الكتابة الفاسدة القيمة، فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد، فيكون فاسداً. (تبيين)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) والخنزير. (ع)

(٤) قوله: "عتق" سواء قال له: إن أديت فأنت حر أو لم يقل، لأن العقد ينعقد، وإن كان فاسداً، فيعتق بالأداء. (مل)

(٥) وإن أدى الخمر.

(٦) قوله: "إلا بأداء قيمة الخمر" أنه مشكل جداً مخالف لعامة روايات الكتب فإن فيها لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه، ولو قيل: بأن المراد قيمة العبد أضيفت إلى الخمر بأدنى ملابسة، وهو وجوبها عند ذكر الخمر في البدل لكان وجها متكلفًا. (ك)

(٧) أي في الكتابة الفاسدة. (ع)

(٨) قوله: "وعن أبي يوسف" أنه يعتق بأداء الخمر إلخ، هذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في "المبسوط" و "الذخيرة"، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن. (ن)

(٩) الخمر.

(١٠) أي قيمة نفسه.

(١١) أي قيمة نفسه.

(١٢) قوله: "إنما يعتق بأداء إلخ" وعليه قيمة نفسه لأن العقد الفاسد إذا تلف فيه المعقود عليه وجب فيه القيمة كالمبيع إذا تلف في البيع الفاسد في يد المشتري. (عيني)

(١٣) أي بحصول شرط تعلق به العتق.

(١٤) قوله: "كما إذا كاتب على ميتة أو دم" فإنه لا يعتق بتسليم عينهما إلا إذا قال: إن أديت إلي فأنت حر، أما إذا لم يقل فلا يعتق بأداءهما لأن العقد لم ينعقد أصلا، فيعتبر فيه التعليق. (عيني)

(١٥) قوله: "ولا فصل إلخ" أي لا تفصيل في الخمر والخنزير في ظاهر الرواية، وفي الميتة والدم تفصيل فمعنى قوله: وجه الفرق أي وجه الفرق في ظاهر الرواية بين الخمر والميتة إلخ. (أعظمي)

(١٦) بين أن يقول: إن أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل. (ع) أي يعتق بأداء الخمر صرح بذكر الشرط أو لم يصرح. (ك)

(١٧) الخمر والخنزير.

(١٨) وإن لم يكن متقوماً في حكم المسلم.

المشروط، وأما الميتة فليست بمال أصلا، فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه، فأعتبر فيه معنى الشرط، وذلك[١] بالتنصيص عليه[٢].

وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته، لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد[٣]، وقد تعذر بالعتق، فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد إذا أتلف المبيع[٤]. قال: ولا ينقص[٥] عن المسمى ويزاد عليه؛ لأنه عقد فاسد، فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت، كما فى البيع الفاسد[٦]، وهذا[٧] لأن المولى ما رضى بالنقصان[٨]، والعبد رضى[٩] بالزيادة[١٠] كيلا يبطل حقه فى العتق أصلا، فتجب القيمة[١١] بالغة ما بلغت، وفيما إذا كاتبه[١٢] على قيمته يعتق بأداء القيمة[١٣]؛ لأنه[١٤] هو البدل، وأمكن اعتبار معنى العقد[١٥] فيه[١٦]، وأثر الجهالة فى الفساد[١٧]،

---

(١٩) باعتبار المالية.

(٢٠) بجعله بدلا فيه.

(١) أى اعتبار معنى الشرط.

(٢) أى على الشرط وهو أداء الميتة.

(٣) وموجب العقد الفاسد رد المعقود عليه.

(٤) فى يد المشترى فيجب القيمة.

(٥) القيمة.

(٦) إذا تلف المبيع يجب قيمة المبيع لتعذر رده.

(٧) قوله: "وهذا" أى ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه، لأن المولى إلخ. (نتائج)

(٨) عن المسمى، حيث أوجب العقد فى المسمى.

(٩) قوله: "والعبد رضى إلخ" أى الظاهر من حال العبد أنه يرضى بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية، أو لأن العبد لما أقدم على الكتابة الفاسدة والواجب فيها القيمة فقد رضى بأداء قيمته وإن زادت القيمة على المسمى. (ك)

(١٠) على المسمى.

(١١) تفريع على قوله: والعبد رضى إلخ. (نت)

(١٢) العبد.

(١٣) قوله: "يعتق بأداء القيمة" وقيمته تعرف بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما، وأما بتقويم المقومين فإن اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له، وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤدّ أقصى القيمتين، لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين.(ب)

(١٤) القيمة.

(١٥) قوله: "وأمكن اعتبار إلخ" بأن أدى مالا يختلف المقومون فيه بأن يقوم أحدهم بثلاثين، والآخر بخمسة وثلاثين، والآخر بأربعين، فلما لم يجاوز أحدهم من أربعين، وقد أدى أربعين يكون مؤديًا قيمتها. (عينى)

(١٦) القيمة.

(١٧) قوله: "وأثر الجهالة إلخ" أى فإن قيل: القيمة مجهولة، فكان الواجب أن يفيد البطلان، ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله: وأثر الجهالة فى الفساد لا فى البطلان كما فى البيع، فإنها تفسده لا تبطله. (عناية)

بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب[(١)]، حيث لا يعتق[(٢)] بأداء ثوب[(٣)]، لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد[(٤)]، لاختلاف أجناس الثوب، فلا يثبت العتق بدون إرادته.

قال[(٥)]: وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه[(٦)] لغيره[(٧)] لم يجز[(٨)]؛ لأنه لا يقدر[(٩)] على تسليمه[(١٠)]، ومراده[(١١)] شيء يتعين بالتعين[(١٢)]، حتى لو قال: كاتبتك على هذه الألف الدرهم وهي[(١٣)] لغيره[(١٤)] جاز[(١٥)] لأنها لا تتعين في المعاوضات، فيتعلق[(١٦)] بدراهم دين في الذمة، فيجوز.

وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه[(١٧)] وسلمه[(١٨)] يعتق، فإن

---

(١) قوله: "بخلاف ما إذا كاتبه إلخ" جواب عما يقال: الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد، فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما يعتق بأداء القيمة، فقال: بخلاف إلخ. (عيني)

(٢) قوله: "حيث لا يعتق إلخ" تقريره أن الثوب عوض، والعوض يقتضي أن يكون مراداً، والمطلق منه ليس بموجود في الخارج، فلا يكون مراداً فتعين أن يكون المتعين مراداً، والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه، فلا يعتق بدون إرادته، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين.

فإن قلت: فإذا أدى القيمة فيما إذا كاتب على ثوب يعتق أو لا، قلت: ذكر في الذخيرة أن الأصلُ عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر أو الجنس لايعتق العبد بأداء القيمة ولا ينعقد هذه الكتابة أصلا لاعلى المسمّى، ولاعلى القيمة. (ع)

(٣) قوله: "بأداء ثوب" لأنه يختلف اختلافاً فاحشاً لا يوقف على مراد المولى، فكانت الكتابة باطلة، فلا يعتبر أصلا حتى لو أدى قيمته أيضاً لا يعتق. (تبيين)

(٤) قوله: "لأنه لا يوقف [أي لا يطلع] إلخ" لأنه لا يمكن حمل كلامه على إرادة مطلق الثوب، لأن إرادة المطلق إنما تصح على تقدير صحة التخيير بين أفراده، ولا يصح التخيير ههنا لفحش التفاوت فيها، فيجب حمله على جنس معين وهو مجهول لا يوقف عليه، فلا يصح ذكره في العقد. (أعظمي)

(٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٦) كالثوب والدابة.

(٧) أي لغير العبد.

(٨) عقد الكتابة.

(٩) قوله: "لأنه [أي لأن المكاتب] لا يقدر إلخ" لأن ملك الغير غير مقدور التسليم. (كفاية)

(١٠) إلى المولى.

(١١) أي محمد من قوله: على شيء بعينه.

(١٢) كالفرس والعبد.

(١٣) الواو حالية.

(١٤) العبد.

(١٥) عقد الكتابة.

(١٦) العقد.

(١٧) العبد.

(١٨) إلى المولى.

عجز[١] يرد في الرق، لأن المسمى مال والقدرة[٢] على التسليم موهومة، فأشبه الصداق[٣]. قلنا[٤]: إن العين في المعاوضة معقود عليه، والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ[٥]، كما في البيع[٦]، بخلاف[٧] الصداق في النكاح، لأن القدرة على ما هو المقصود[٨] بالنكاح[٩] ليس بشرط، فعلى ما هو تابع فيه أولى. فلو أجاز صاحب العين ذلك[١٠] فعن محمد أنه يجوز[١١]، لأنه يجوز البيع[١٢] عند الإجازة، فالكتابة أولى، وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز[١٣] اعتبارًا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب[١٤].

والجامع بينهما[١٥] أنه[١٦] لا يفيد[١٧] ملك[١٨] المكاسب، وهو المقصود[١٩]،

---

(١) أي العبد عن تسليم العين المذكورة إلى مولاه.

(٢) أي قدرة العبد على تسليم العين إلى مولاه بما يحدث له فيه من الملك.

(٣) قوله: "فأشبه [أي بدل الكتابة] الصداق" والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال، فلو تزوج على عبد لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن التسليم، فكذا ههنا. (ك)

(٤) إشارة إلى بيان وجه الظاهر.

(٥) قوله: "إذا كان العقد يحتمل الفسخ [تحرز به عن النكاح. ك]" والكتابة تحتمل الفسخ فيشترط القدرة على المعقود عليه، فإن قلت: البدل في الكتابة له حكم الثمن بدليل جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه، فلا يكون القدرة عليه شرطًا. قلت: هذا إذا كان من النقود، وليس الكلام فيه، وإنما كلامنا في العين، فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة، فيصير للبدل حكم المبيع، فيشترط القدرة عليه. (عيني)

(٦) قوله: "كما في البيع" فإنه يحتمل الفسخ، فيشترط فيه القدرة على المعقود عليه. (مل)

(٧) جواب عن قوله: فأشبه الصداق.

(٨) قوله: "لأن القدرة إلخ" يعني أن القدرة على تسليم ما هو المقصود بالنكاح، وهو البضع ليس بشرط لصحة العقد، حتى لو تزوج بنت سنة يجوز، وإن كانت القدرة معدومة ففيما ليس بمقصود وهو المهر أولى. (ك)

(٩) وهو التوالد والتناسل. (ف)

(١٠) يعني ما قاله المولى لعبده.

(١١) قوله: "أنه يجوز" فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد، فيصير العين من أكسابه. (عيني)

(١٢) قوله: "لأنه يجوز البيع" بأن اشترى شيئًا بمال الغير، فأجاز صاحب المال جاز، فالكتابة أولى، لأن مبناها على المسامحة والمساهلة، بخلاف البيع، فإن مبناه على المضايقة والمماكسة. (مل)

(١٣) وإن أجاز المالك.

(١٤) قوله: "على ما قال في الكتاب" أي في "الجامع الصغير" أشار به إلى قوله: وكذلك إن كاتبه على شيء إلخ. (ف)

(١٥) أي بين ما أجاز المالك، وما لم يجز.

(١٦) عقد الكتابة.

(١٧) ههنا.

(١٨) للعبد.

(١٩) في الحال من عقد الكتابة.

لأنها[١] تثبت للحاجة إلى الأداء منها، ولا حاجة فيما إذا كان البدل عينًا معينًا[٢]، والمسألة فيه على ما بيناه[٣]. وعن أبي يوسف أنه[٤] يجوز أجاز[٥] ذلك أو لم يجز، غير أنه عند الإجازة[٦] يجب تسليم عينه[٧]، وعند عدمها يجب[٨] تسليم قيمته، كما في النكاح[٩]، والجامع بينهما[١٠] صحة التسمية لكونه[١١] مالا.

ولو ملك المكاتب ذلك العين[١٢] فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه[١٣] إذا أداه لا يعتق[١٤]، وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد[١٥] إلا إذا قال[١٦] له: إذا أديت إلى فأنت حر، فحينئذٍ يعتق بحكم الشرط[١٧]، وهكذا عن أبي يوسف، وعنه أنه يعتق[١٨]، قال[١٩]: ذلك[٢٠] أو لم يقل، لأن العقد[٢١] ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا، فيعتق بأداء المشروط، ولو كاتبه على عين[٢٢] في يد المكاتب ففيه روايتان[٢٣]، وهي

(١) أي لأن ملك المكاسب وإنما أنث لأجل المضاف إليه.

(٢) قوله: "عينًا معينًا" قيد بقوله: معينًا بعد قوله: عينًا احترازًا عن الدراهم والدنانير المعينة فإنها وإن عينت لا تتعين عندنا، فيجوز الكتابة حتى إذا كاتبه على ألف فلان هذه جازت فإن أدى تلك الألف أو ألفًا أخرى عتق. (عيني)

(٣) قوله: "والمسألة إلخ" أي فرض المسألة في ذلك على ما بيناه من أن مراده شيء يتعين بالتعيين. (ع)

(٤) أي أن عقد الكتابة المذكورة.

(٥) المالك.

(٦) من المالك.

(٧) أي الشيء المعين إلى المولى.

(٨) على المكاتب.

(٩) قوله: "كما في النكاح" فإنه إذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه يصح العقد، فإن رضي مالك العبد يدفعه إليها، وإلا فيجب على الزوج قيمة العبد. (عيني)

(١٠) بين المقيس وهو الكتابة والمقيس عليه وهو النكاح.

(١١) أي المسمى العين.

(١٢) بشراء أو هبة أي لم يجز ولكن ملك إلخ.

(١٣) المكاتب.

(١٤) بالعقد لعدم انعقاده.

(١٥) السابق.

(١٦) المولى.

(١٧) عند الأداء لوجود الشرط.

(١٨) بدفع العين إلى المولى.

(١٩) المولى.

(٢٠) أي إن أديت إلخ.

(٢١) أي عقد الكتابة السابق.

مسألة الكتابة على الأعيان[1]، وقد عرف ذلك فى "الأصل"[2]، وقد ذكرنا وجه الروايتين[3] فى "كفاية المنتهى"[4].

قال[5]: وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه[6] عبداً بغير عينه[7]، فالكتابة فاسدة عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هى جائزة، ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب، وعلى قيمة عبد وسط، فتبطل منها حصة العبد[8]، فيكون مكاتباً بما بقى[9]، لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة، وينصرف إلى الوسط، فكذا يصلح مستثنى منه[10]، وهو الأصل[11] فى أبدال العقود[12].

ولهما أنه لا يستثنى[13] العبد[14] من الدنانير[15]، وإنما يستثنى قيمته[16]، والقيمة

---

(٢٢) قوله: "على عين [أى معين سوى النقود]" أى على عين هو من كسبه بأن كان مأذوناً فى التجارة. (ك)

(٢٣) قوله: "ففيه روايتان" فى رواية كتاب الشرب يجوز، وفى رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز. (ع)

(١) قوله: "وهى مسألة إلخ" وهى التى ذكرت فى قوله: وكذلك إن كاتبه على شىء بعينه لغيره. (ع)

(٢) قوله: "وقد عرف ذلك فى الأصل" أى فى "المبسوط" ذكر فيه عبد مأذون له فى التجارة، وفى يديه عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين، ففيه روايتان، أما إذا كان دراهم أو دنانير حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايتين. (كفاية)

(٣) قوله: "وجه الروايتين [الجواز وعدمه]" وجه الجواز أن هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم ووجه الفساد أن الكتابة شرعت على وجه يختص بمكاسبه، فيثبت حرية اليد فى الحال، ويتراخى حرية الرقبة إلى وقت الأداء. فلو جازت الكتابة ههنا كان الأداء من مال المولى، لأن أكسابه وقت العقد مال المولى، فكانت الكتابة على مال منقود للمولى، لا على كسب يوجد بعد الكتابة، فلا يفيد ملك المكاسب على أنه يثبت حرية اليد والرقبة فى حالة واحدة لا على وجه التعاقب، فيكون إعتاقاً ببدل، ولا يكون كتابة. (كفاية)

(٤) ولم يذكره ههنا لطوله. (ع)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) وفى نسخة: عليه.

(٧) قوله: عبداً بغير عينه" قيد بقوله: بغير عينه لأنه لو كان العبد معيناً يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق، فكذا استثناءه. (عينى)

(٨) الوسط.

(٩) قوله: "فيكون مكاتباً إلخ" حتى إذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب أداء خمسين، ويسقط خمسون فى مقابلة العبد. (عينى)

(١٠) أى من بدل الكتابة.

(١١) قوله: "وهو [أى كل ما يصلح بدلا يصلح مستثنى] الأصل" يعنى الأصل إن كل ما يصلح أن يكون بدلا فى عقد يصح استثناءه منه. (ك)

(١٢) وفى نسخة: المعقود عليه.

(١٣) قوله: "أنه لا يستثنى إلخ" لأن الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس، ولا يجوز استثناء القيمة، لأنها لا تصلح بدلا لاشتمالها على نوع جهالة لاختلاف المقومين فيها، فإذا

لا تصلح بدلا[١] فكذلك مستثنى. قال[٢]: وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانًا، ومعناه أن يبين الجنس[٣]، ولا يبين النوع والصفة، وينصرف إلى الوسط[٤]، ويجبر[٥] على قبول القيمة[٦]، وقد مر فى النكاح[٧]، أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول: دابة لا يجوز، لأنه يشمل أجناسًا مختلفة[٨]، فيتفاحش الجهالة[٩]، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف[١٠]، فالجهالة يسيرة[١١]، ومثلها يتحمل فى الكتابة[١٢]، فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل[١٣] فيه[١٤].

وقال الشافعى: لا يجوز وهو القياس لأنه[١٥] معاوضة، فأشبه البيع[١٦]، ولنا

استثنى قيمته من المائة بقى الباقى من البدل مجهولا. (ك)

(١٤) قوله: "العبد إلخ" هذا قول بالموجب، يعنى سلمنا الأصل المذكور، ولكنه إنما يكون فيما يصح الاستثناء، وههنا ليس كذلك، لأنه لا يستثنى العبد من الدنانير إلخ. (مل)

(١٥) لأنه ليس من جنسها.

(١٦) العبد.

(١) لأنها مجهولة جنسًا وقدرًا ووصفًا.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "أن يبين الجنس [كالفرس والعبد]" مثل أن يكاتبه على عبد أو وصيف ولا يبين النوع، أى لم يقل أنه تركى أو هندى، والصفة أى لم يقل أنه أبيض أو أسود. (ك)

(٤) قوله: "وينصرف إلى الوسط" ثم الوسط عند أبى حنيفة فى العبد الذى قيمته أربعون درهما، وعندهما على قدر غلاء السعر ورخصته. (عينى)

(٥) المولى.

(٦) لأنه قضاء فى معنى الأداء. (ع)

(٧) قوله: "وقد مر فى النكاح" أى فى باب المهر، فإنه إذا تزوجها على حيوان، وبين جنسه، ولم يبين نوعه وصفته، فإنه يجوز وينصرف إلى الوسط. (عينى)

(٨) مما يدب على الأرض.

(٩) فيفضى إلى المنازعة.

(١٠) قوله: "كالعبد والوصيف" الوصيف اسم للغلام الذى يوصف بالخدمة بأن كان قادرًا عليها والعبد أعم من أن يبلغ الخدمة أولا فهو من عطف الخاص على العام. (عينى)

(١١) لأنها ترجع إلى الوصف دون الذات. (عينى)

(١٢) قوله: "ومثلها يتحمل إلخ" لأنها تشبه البيع من حيث إنها معاوضة، ألا ترى أنها تقال وتفسخ وتشبه النكاح أيضًا من حيث إنها معاوضة مال بما ليس بمال، فإذا كانت الجهالة فى أصلها منع الجواز لشبه البيع، وإذا كانت فى الوصف لا يمنع لشبه النكاح. (عينى)

(١٣) قوله: "بجهالة الأجل" كما لو قال: كاتبتك إلى الحصاد والدياس صحت الكتابة لأن مبناها على المسامحة. (مل)

(١٤) أى فى عقد الكتابة.

(١٥) عقد الكتابة.

أنه معاوضة مال بغير مال[١] ، أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه، فأشبه النكاح[٢] ، والجامع[٣] أنه يبتنى على المسامحة[٤] ، بخلاف البيع[٥] لأن مبناه على المماكسة[٦] .

قال[٧] : وإذا كاتب النصرانى عبده على خمر فهو جائز، معناه إذا كان[٨] مقداراً معلوماً[٩] ، والعبد كافراً، لأنها مال فى حقهم بمنزلة الخل فى حقنا، وأيهما[١٠] أسلم فللمولى قيمة الخمر؛ لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها، وفى التسليم ذلك[١١] إذ الخمر غير متعين[١٢] ، فيعجز[١٣] عن تسليم البدل[١٤] ، فيجب عليه قيمته[١٥] . وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً، ثم أسلم أحدهما[١٦] حيث يفسد

---

(١٦) قوله: "فأشبه البيع [والبيع مع البدل المجهول والأجل المجهول لا يصح]" والجامع أنه لا يصح إلا بتسمية البدل، فكانت معاوضة كالبيع، ألا ترى أنه يقال ويفسخ. (ك)

(١) قوله: "معاوضة مال بغير مال" أى فى الابتداء، لأن البدل فى الابتداء مقابل بفك الحجر، وهو ليس بمال، أو بمال، أى فى الانتهاء لأنه يقابل الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه، لأن العبد لا يتملك مالية نفسه، بل يسقط ملك المولى فيه، بخلاف البيع، فإنه مبادلة المال بالمال وليس فيه سقوط الملك. (مل)

(٢) قوله: "فأشبه النكاح" أى أنه نظير النكاح فيجوز فيه البدل المجهول كما فى النكاح، والجامع أنه يبتنى على المسامحة، فلا يفضى الجهالة فيه إلى النزاع كالنكاح بخلاف البيع فإنه يبتنى على المماكسة، فيفضى الجهالة فيه إلى المنازعة. (أعظمى)

(٣) بين الكتابة والنكاح.

(٤) كالنكاح يبتنى على المسامحة.

(٥) قوله: "بخلاف البيع" جواب عن قول الشافعي، فأشبه البيع أشار بأن قياسه الكتابة على البيع باطل لوجود الفارق، وهو ابتناء البيع على المماكسة والمضايقة وابتناء الكتابة على المسامحة والمساهلة. (عينى)

(٦) مماكسة: تشويش كردن در بيع، وكم كردن در ثمن. (من)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٨) الخمر.

(٩) لأن الجهالة مانعة.

(١٠) المولى والعبد.

(١١) قوله: "وفى التسليم ذلك" أى فى تسليم عين الخمر تمليكها، وتملكها من المسلم لأن العقد ورد على غير المعين، فيكون بمنزلة ابتداء التمليك والتملك. (كافى)

(١٢) قوله: "إذا الخمر غير متعين" فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما إذا كانت معينة فإن الملك يثبت فيها لمجرد عقد الكتابة، والتسليم نقل من يد إلى يد، والمسلم غير ممنوع عن نقل اليد كما إذا غصب المسلم من الذمى خمراً، ثم أسلم الذمى فإنه لا يمنع عن استرداد خمره من يد الغاصب. (ع)

(١٣) قوله: "فيعجز" أى إذا كان ممنوعاً عن التسليم فقد عجز عن التسليم إلخ. (عناية)

(١٤) أى بدل الكتابة.

(١٥) وفى نسخة: قيمتها.

البيع على ما قاله البعض[١]؛ لأن القيمة[٢] تصلح بدلا فى الكتابة فى الجملة، فإنه لو كاتب على وصيف[٣]، وأتى بالقيمة يجبر[٤] على القبول، فجاز[٥] أن يبقى العقد على القيمة، أما البيع لا ينعقد صحيحًا[٦] على القيمة فافترقا[٧].

قال: وإذا قبضها[٨] عتق؛ لأن فى الكتابة معنى المعاوضة، فإذا وصل أحد العرضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد، وذلك[٩] بالعتق، بخلاف ما إذا كان العبد مسلمًا حيث لم يجز الكتابة[١٠]، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر، ولو أداها[١١] عتق، وقد بيناه من قبل[١٢]، والله أعلم.

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله[١٣]

قال[١٤]: ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر؛ لأن موجب الكتابة أن يصير حرًا يدًا، وذلك[١٥] بمالكية التصرف مستبدًا[١٦] به[١٧] تصرفًا يوصله إلى مقصوده،

---

(١٦) قبل القبض. (تبيين)

(١) قوله: "على ما قاله البعض" إنما قيد بقوله على ما قاله البعض، لأن بعض المشايخ قال: ينبغى أن يكون الجواب فى البيع كالجواب فى الكتابة، والرواية فى الكتابة رواية فى البيع. (ع)

(٢) قوله: "لأن القيمة" أى قيمة المسمى تصلح بدلا فى الكتابة فإنه إذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف فى الحقيقة، حتى إذا جاء بقيمته يجبر على القبول فمتى جاز أن ينعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداء جاز أن يبقى على القيمة، أما البيع لا ينعقد صحيحًا على القيمة أصلا، فلا يمكن إبقاءه عليها. (كفاية)

(٣) الوصيف الغلام والجمع وصفًا. (مغرب)

(٤) المولى.

(٥) فإذا جاز أن ينعقد على القيمة فأولى أن يبقى لأن البقاء أسهل من الدفع.

(٦) أصلا فكذا لا يبقى.

(٧) البيع والكتابة.

(٨) قوله: "وإذا قبضها" أى قبض قيمة الخمر عتق وإن أدى الخمر عتق أيضًا لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء البدل المذكور، وصار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر، فأدى المكاتب الخمر فإنه يعتق. (كفاية)

(٩) أى سلامة العوض الآخر للعبد.

(١٠) على الخمر.

(١١) أى لو أدى العبد المسلم الخمر عتق بوجود معنى التعليق.

(١٢) قوله: "وقد بيناه من قبل" أى فى أول هذا الفصل وهو قوله: فإن أدى الخمر عتق، وقال زفر: لا يعتض. (ك)

(١٣) قوله: "باب ما يجوز إلخ" لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله، وما لا يجوز له، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح. (عناية)

قوله: "ما يجوز للمكاتب إلخ" الظاهر أن اكتفاء المصنف فى عنوان هذا الباب على ما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات، وإلا فقد ذكر فى هذا الباب كثير مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله. (نت)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

وهو[1] نيل الحرية بأداء البدل، والبيع والشراء من هذا القبيل[2]، وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تتفق[3] في الحضر، فيحتاج إلى المسافرة، ويملك البيع بالمحاباة[4] لأنه[5] من صنيع التجار، فإن التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى.

قال[6]: فإن شرط[7] عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانًا، لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد[8] وثبوت الاختصاص[9] فبطل الشرط[10]، وصح العقد، لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد[11]، وبمثله[12] لا تفسد الكتابة.

وهذا[13] لأن الكتابة تشبه البيع[14]، وتشبه النكاح[15]، فألحقناها بالبيع في شرط

---

(١٥) أي حرية يده.

(١٦) مستقلا.

(١٧) أي بالتصرف.

(١) مقصود.

(٢) أي قبيل التصرف النافع.

(٣) أي لا تحصل.

(٤) قوله: "البيع بالمحاباة [فرو گذاشت كردن. من]" وهو بيع شيء يساوي مائة بتسعين مثلا معناه العطية، وقال الثلاثة: لا يملك البيع بالمحاباة، لأنه تبرع كالهبة. (عيني)

(٥) بيع بالمحاباة.

(٦) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٧) المولى.

(٨) الاستقلال.

(٩) بنفسه وأكسابه. (ع)

(١٠) أي شرط المولى عدم خروجه من السفر.

(١١) قوله: "لأنه [جواب عما قيل: هذا الشرط يقتضي بطلان العقد فقال: وصح إلخ] شرط إلخ" يعني أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إن تمكن في صلب العقد، وهو أن يدخل في أحد البدلين، كما إذا قال: كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زمانًا، وهذا ليس كذلك، لأنه لا شرط في بدل الكتابة، ولا فيما يقابله، فلا تفسد به الكتابة. (عناية)

(١٢) أي بمثل هذا الشرط.

(١٣) قوله: "وهذا" أي التفصيل بين كون الشرط المتمكن في صلب العقد مفسدا، وبين كون الشرط الغير المتمكن غير مفسد. (مل)

(١٤) قوله: "لأن الكتابة تشبه البيع [من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل، واحتمالها الفسخ قبل الأداء. ع]" من حيث إنها تحتمل الفسخ في الابتداء، وتشبه النكاح من حيث إنها لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالأداء، فيوفر حظهما عليها، فلشبهها بالبيع يبطل بالشرط الفاسد إذا تمكن في صلبها كما لو شرطه خدمة مجهولة بأن كاتبه على كذا على أن يخدمه مدة، لأنه في البدل، ولشبهها بالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد إذا لم يتمكن في صلبها بأن كاتبه على ألف إلى الحصاد والدياس. (ك)

تمكن في صلب العقد، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه[١] هذا[٢] هو الأصل، أو نقول: إن الكتابة في جانب العبد إعتاق[٣]؛ لأنه إسقاط الملك[٤] وهذا الشرط[٥] يختص العبد[٦]، فأعتبر إعتاقًا[٧] في حق هذا الشرط، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة.

قال[٨]: ولا يتزوج إلا بإذن المولى، لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود[٩]، والتزوج ليس وسيلة إليه[١٠]، ويجوز[١١] بإذن المولى لأن الملك له[١٢]، ولا يهب، ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير[١٣]، لأن الهبة والصدقة تبرع، وهو[١٤] غير مالك[١٥] ليملكه إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة، لأنه لا يجد[١٦] بدا من ضيافة وإعارة ليجتمع[١٧] عليه المجاهزون[١٨]، ومن

(١٥) من حيث إنها معاوضة مال بغير مال. (ع)

(١) العقد.

(٢) أي العمل بالشبهين عند دلالة الدليلين.

(٣) قوله: "إعتاق [مصدر مبنى للمفعول]" لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أجل، والكتابة كذلك لأنه لا يحصل للمكاتب شيء، وإنما يسقط عنه ملك مولاه. (مل)

(٤) قوله: "إسقاط الملك" فيه إشارة إلى أن الإعتاق إسقاط الملك وهذا خلاف ما صرح به علماءنا أن الإعتاق إثبات القوة الفرعية، وفرعوا عليه أنه لا يجوز اشتراط بدل العتق على الأجنبي، ولو كان إسقاطًا للملك لجاز، لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الإسقاطات يجوز، وفي الإثباتات لا يجوز. (حاشية ملا إله داد)

(٥) أي شرط عدم الخروج.

(٦) أي يتعلق به.

(٧) لا معاوضة.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ضرورة التوسل إلى المقصود" مقصود المولى من البدل، وذلك بقيام الملك، ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للإيفاء، وذلك بفك الحجر، والتزوج ليس وسيلة إلى المقصود بل هو مانع عن ذلك، فلا يدخل تحت فك الحجر. (ع)

(١٠) بل فيه التزام المهر والنفقة.

(١١) أي التزوج.

(١٢) المولى.

(١٣) وما دون الدرهم قليل يتوسع الناس فيه. (ك)

(١٤) المكاتب.

(١٥) للمال.

(١٦) استجلابًا لقلوبهم.

(١٧) لمثل الدار أو الثوب.

(١٨) قوله: "المجاهزون" والمجاهز عند العامة الغني من التجار، وكأنه أريد به المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز،

ملك شيئًا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه.

ولا يتكفل[١]، لأنه[٢] تبرع محض، فليس من ضرورات التجارة والاكتساب، فلا يملكه[٣] بنوعيه نفسًا[٤]، ومالا لأن كل ذلك[٥] تبرع، ولا يقرض، لأنه[٦] تبرع ليس من توابع الاكتساب فإن وهب على عوض لم يصح لأنه[٧] تبرع ابتداء، فإن زوج أمته جاز[٨]؛ لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر، فدخل[٩] تحت العقد[١٠].

قال: وكذلك[١١] إن كاتب عبده، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر والشافعي؛ لأن مآله[١٢] العتق، والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال[١٣].

وجه الاستحسان أنه[١٤] عقد اكتساب للمال، فيملكه كتزويج الأمة[١٥]،

وهو فاخر المتاع، أو يسافر به فحرف إلى المجاهز. (ن)

(١) قوله: "ولا يتكفل" سواء كان بإذن المولى، أو بغير إذنه، لأنه ملك المولى لا في منافعه، ومكاسبه، فوجود إذنه فيما هو تبرع كعدمه. (ك)

(٢) أي التكفل.

(٣) التكفل.

(٤) قوله: "نفسًا" فإن قلت: بدل الكتابة مال في ذمته، وتسليم النفس لا ينافي ذلك، قلت: ربما يعجز عن ذلك فيحبس عليه، فيمتنع من الكسب، فيتضرر. (عيني)

(٥) قوله: "لأن كل ذلك" أي الكفالة بإذن المكفول عنه وبغير أمره كل ذلك تبرع، أما إذا كان بغير أمره فظاهر أنه تبرع محض، ولا يكون له الرجوع بما أدى، فصار كالهبة، وإن كان بأمره فكذلك أيضًا، لأن الكفيل متى أدى يصير مقرضًا بما أدى إلى المكفول عنه، والإقراض تبرع لأنه إعارة حكمًا بدليل أن قبض البدل ليس بشرط في المجلس، ولو كان معاوضة، فيشترط قبضه في المجلس لكونه صرفًا، وكذلك الكفالة بالنفس أيضًا لا يصح لأنه تبرع محض من غير عوض يحصل له. (كفاية)

(٦) الإقراض.

(٧) أي لأن الهبة على العوض.

(٨) قوله: " فإن زوج أمته جاز" ولا يلزم عليه عجز المكاتبة من تزويج نفسها، لأن حق المولى في رقبتها باق، ولهذا يملك إعتاقها دون إعتاق أمتها، فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بتزويج نفسها، ولأن فيه تعيب رقبتها، فإن النكاح عيب، فربما يعجز، ويبقى هذا العيب في ملك المولى. (ك)

(٩) وفي نسخة: فيدخل.

(١٠) أي عقد الكتابة.

(١١) أي يجوز.

(١٢) الكتابة.

(١٣) قوله: "كالإعتاق على مال" أي إذا قال المكاتب لعبده: أدّ إلي ألفًا وأنت حر لا يجوز هذا التعليق، فكذا لا يجوز له أن يكاتب عبده، لأن الكتابة بالمال كالتعليق. (عيني)

(١٤) عقد الكتابة.

وكالبيع، وقد يكون هو أنفع له من البيع [١]، لأنه [٢] لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه، والبيع يزيله [٣] قبله [٤]، ولهذا [٥] يملكه الأب والوصي، ثم هو [٦] يوجب للمملوك [٧] مثل ما هو [٨] ثابت [٩] له [١٠]، بخلاف الإعتاق على مال؛ لأنه [١١] يوجب فوق ما هو ثابت له [١٢].

قال: فإن أدى الثاني [١٣] قبل أن يعتق الأول فولاءه [١٤] للمولى؛ لأن له فيه نوع ملك [١٥]، ويصح إضافة [١٦] الإعتاق إليه [١٧] في الجملة [١٨]، فإذا تعذر إضافته [١٩] إلى مباشر العقد لعدم الأهلية [٢٠] أضيف إليه [٢١]، كما في العبد [٢٢] إذا اشترى شيئًا يثبت

---

(١٥) أي كما يملك تزويج أمته.

(١) قوله: "وقد يكون هو [الكتابة] أنفع له من البيع" لأنه لا يستوجب الثمن في ذمة المشترى ما لم يزل العبد عن ملكه، وههنا لا يزول العبد عن ملكه ما لم يتملك البدل بالقبض، فلما ملك البيع فالكتابة أولى. (ك)

(٢) الكتابة.

(٣) الملك.

(٤) أي قبل وصول البدل إليه.

(٥) قوله: "ولهذا" أي لأجل أن الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل إليه يملك الأب للصغير أو وصيه أن يكاتب عبد الصغير. (عيني)

(٦) أي المكاتب الأول، ومن ملك شيئًا يجوز أن يملكه.

(٧) أي المكاتب الثاني.

(٨) أي ملك اليد.

(٩) بكتابة المولى.

(١٠) أي للمكاتب الأول.

(١١) أي لأن الإعتاق على مال.

(١٢) قوله: "يوجب فوق ما هو ثابت له" فإن العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على أداء المال، فهذا غير ثابت للمكاتب الأول. (ع)

(١٣) قوله: "فإن أدى الثاني" أي إن أدى المكاتب الثاني بدل الكتابة قبل أداء الأول عتق الثاني، لتحقق شرط عتقه.

(١٤) الثاني.

(١٥) قوله: "لأن له [أي للمولى] فيه نوع ملك" لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول، فكان المولى بمنزلة علة العلة، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكا للمولى كالأول. (ع)

(١٦) قوله: "إضافة" ولهذا لو أوصى لموالي فلان، وليس له معتق في الأحياء وله معتق المعتق يستحق هذه الوصية هو. (ك)

(١٧) أي إلى المولى.

(١٨) يقال: مولى زيد ومعتق زيد مجازًا. (ع)

(١٩) أي المكاتب الأول.

(٢٠) لكونه رقيقًا.

(٢١) قوله: "أضيف إليه" أي أضيف العتق إلى المولى، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند

الملك للمولى. قال: فلو أدى الأول[١] بعد ذلك[٢]، وعتق لا ينتقل الولاء إليه[٣]؛ لأن المولى جعل معتقًا[٤]، والولاء لا ينتقل من المعتق. وإن أدى الثاني[٥] بعد عتق الأول فولاءه له[٦]؛ لأن العاقد[٧] من أهل ثبوت الولاء وهو[٨] الأصل[٩]، فيثبت[١٠] له. قال[١١]: وإن أعتق[١٢] عبده على مال، أو باعه من نفسه[١٣]، أو زوج عبده لم يجز؛ لأن هذه الأشياء ليست من الكسب، ولا من توابعه[١٤]، أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته، وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال[١٥] بغير عوض، وكذا الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة[١٦]، وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد، وتعييب له[١٧]، وشغل رقبته بالمهر والنفقة، بخلاف تزويج الأمة، لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر[١٨].

قال: وكذلك الأب والوصي[١٩] في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب[٢٠]؛ لأنهما

تعذر الإضافة إلى العلة. (عيني)

(٢٢) المأذون. (ك)

(١) المكاتب الأول.

(٢) قوله: "بعد ذلك" أي بعد أداء الثاني بدل الكتابة وعتقه، وكون ولاءه للمولى. (مل)

(٣) الأول.

(٤) مباشرةً لا حكمًا.

(٥) قوله: "وإن أدى الثاني" أي أدى المكاتب الثاني بدل الكتابة بعد عتق المكاتب الأول بأداء بدل الكتابة. (مل)

(٦) أي للأول.

(٧) المكاتب الأول.

(٨) العاقد.

(٩) لأنه مباشر للعتق.

(١٠) الولاء.

(١١) أي محمد. (عيني)

(١٢) المكاتب.

(١٣) أي باع المكاتب نفس العبد من نفسه.

(١٤) قوله: "ولا من توابعه" أي توابع الكسب وضروراته مثل ضيافة من يعامل معه والإعارة له، والإهداء إليه بشيء يسير. (عيني)

(١٥) أي زوال الملك.

(١٦) أي وإن كان بيعًا صورة.

(١٧) قوله: "وتعييب له" لأن من اشترى عبداً ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب. (عناية)

(١٨) إشارة إلى قوله: وإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب إلخ. (ع)

(١٩) قوله: "وكذلك الأب والوصي إلخ" فيملكان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه، ولا بيعه من نفسه،

يملكان الاكتساب كالمكاتب، ولأنه فى تزويج الأمة والكتابة نظرًا له[١]، ولا نظر فيما سواهما[٢]، والولاية نظرية[٣].

قال[٤]: فأما المأذون له[٥] فلا يجوز له شىء من ذلك[٦] عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: له أن يزوج أمته، وعلى هذا الخلاف[٧] المضارب والمفاوض[٨]، والشريك شركة عنان، هو قاسه[٩] على المكاتب، واعتبره بالإجارة[١٠]. ولهما أن المأذون له[١١] يملك[١٢] التجارة، وهذا[١٣] ليس بتجارة[١٤]،

ولا إعتاقه على مال كذا قالوا. (نت)

(٢٠) قوله: "بمنزلة المكاتب [أى لهما تزويج أمة الصغير وكتابة عبده]" يعنى يملك الأب والوصى فى رقيق الصغير ما يملكه المكاتب فى رقيق نفسه، وما لا يملكه لا يملكه، كذا قالوا.

واعترض عليه صاحب الإصلاح والإيضاح فيما نقل عنه بأنه لقائل أن يقول: الإعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر، ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فإن ثمه مانعًا، وهو كون العتق فوق الكتابة، فإذا ملك البيع كان ينبغى أن يملكا الإعتاق على مال. أقول: لم يمر فى هذا الكتاب ولا فى كتابه، ولا فى شىء من الكتب أن الإعتاق أنفع من البيع بل الذى تقرر فى الكتب أن الكتابة أنفع من البيع. (نت)

(١) قوله: "نظرًا له [الصغير]" أما فى تزويج الأمة فلما مر آنفًا، وأما فى الكتابة، فلأنه بالعجز يرد رقيقًا فربما كان العجز بعد أداء نجوم، وذلك لا شك فى كونه نظرًا. (ع)

(٢) أى الكتابة وتزويج الأمة.

(٣) قوله: "والولاية نظرية" هذا الكلام فى معرض التعليل يعنى إنما لا يجوز سواهما، لأن ولايتهما نظرية، ولا نظر فى غيرهما. (عينى)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) فى التجارة.

(٦) قوله: "فلا يجوز له شىء من ذلك [أى لا الإعتاق على مال، ولا تزويج الأمة، ولا تزويج العبد ولا أمثالها]" فى هذا التحرير نوع إشكال، لأنه إن كان المشار إليه بذلك فى قوله: فلا يجوز له شىء من ذلك ما ذكر قبل هذه المسألة من قوله: وإن أعتق عبده إلخ، فمع كون كلمة أما فى قوله: فأما المأذون له إلخ مما يأباه، إذ حكم ما ذكر قبله أيضًا عدم الجواز ينافيه قوله. وقال أبو يوسف: له أن يزوج أمته، فإن تزويج الأمة ليس بداخل فى هاتيك الصور المذكورة قبل هذه المسألة، فما معنى بيان خلاف أبى يوسف. وإن كان المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر فى هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز للمأذون بعض ذلك كالبيع والشراء، فلا معنى للسلب الكلى. (نت)

(٧) قوله: "هذا الخلاف" فعند أبى يوسف يجوز للمضارب والمفاوض والشريك شركة عنان أن يزوج أمته خلافًا لهما.

(٨) قوله: "والمفاوض" تقدم بيان شركة المفاوضة وشركة العنان، فارجع.

(٩) قوله: "وهو قاسه" فإن للمكاتب أن يزوج أمته، فكذا لهؤلاء، أى المأذون له والمضارب والمفاوض والشريك شركة عنان.

قوله: "هو قاسه إلخ" قيل استعمال القياس بين العينين أى المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار بين الفعلين أى المتزوج والإجارة، لأن المماثلة بين العينين ظاهرة، إذ فى كل منهما فك الحجر، وإطلاق التصرف، فكان ذكر القياس فيه أولى.

بخلاف الفعلين، لأن المماثلة بينهما ليس إلا من حيث الفعلية لا غير، لأن الإجارة معاوضة مال بمال، بخلاف التزويج، فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق. (مل)

(١٠) قوله: "واعتبره بالإجارة" فإن لهم ولاية الإجارة، فكذا ولاية تزويج الأمة، إذ كل واحد منهما لتمليك

فأما المكاتب يملك الاكتساب، وهذا[1] اكتساب، ولأنه[2] مبادلة المال بغير المال[3]، فيعتبر بالكتابة[4] دون الإجارة[5]، إذ هي مبادلة المال[6] بالمال[7]، ولهذا[8] لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد.

فصل[9]

قال[10]: وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه[11] دخل في كتابته[12]؛ لأنه من أهل أن

المنفعة يبدل. (ك)

(١١) قوله: "ولهما أن إلخ" أن لهما أن لهم التجارة، وليس هذا بتجارة، لأنه ليس مبادلة المال بمال، إذ البضع ليس بمال حقيقة، فصار شبيهاً بالكتابة، ولا يملك هؤلاء الكتابة، فكذا هذا، أما المكاتب فيملك الاكتساب، وهذا اكتساب، وهذا بخلاف الإجارة، فإنها مبادلة المال بالمال، ولهذا لا يثبت الحيوان في الذمة بدلا عن المنافع، فكانت تجارة. (ك)

(١٢) قوله: "يملك" أقول: كان الأولى أن يقال: لا يملك إلا التجارة بالقصر، حتى يلزم من ضم المقدمة الثانية المطلوب. (نت)

(١٣) أي تزويج الأمة.

(١٤) لأن التجارة مبادلة المال بالمال.

(١) أي تزويج الأمة.

(٢) أي تزويج الأمة.

(٣) إذ البضع ليس بمال.

(٤) فإنه إذا كاتب المأذون عبده أو أمته لا يجوز.

(٥) لأنها في الابتداء مبادلة مال بغير مال.

(٦) قوله: "إذ هي مبادلة المال إلخ" لأن المنفعة قائمة مقام العين، فيكون في حكم المال، ولهذا يصلح مهراً في النكاح، وابتغاء النكاح شرع بالمال. (عيني)

(٧) أي بما هو مال حكماً، وإن لم يكن مالا حقيقة.

(٨) قوله: "ولهذا" أي لأن التزويج ليس من التجارة لا يملك هؤلاء كلهم، أي المأذون له والمضارب والمفاوض وشريك العنان، والمكاتب تزويج العبد لأنه ليس من اكتساب المال، ولا من التجارة لأنه مبادلة مال بمال. (مل)

(٩) قوله: "فصل" لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الإصالة، ذكر في هذا الأصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية، والتبع يتلوا الأصل. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "أو ابنه" وحكم أمه إذا اشتراها مثل أبيه وابنه، ولم يذكرها، وهؤلاء كلهم يدخلون في كتابته تبعًا له حتى يردون إلى الرق بعجزه. (عيني)

(١٢) قوله: "دخل في كتابته [حتى يمنع من بيعه. ك]" وإنما قال: دخل في كتابته، ولم يقل: صار مكاتبًا، لأنه لو كان مكاتبًا أصالة لكان أصيلا، وبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي، وليس كذلك بل إذا عجز المكاتب بيع الأب لما أن كتابته دخل بطريق التبعية دون الأصالة. (مل)

قوله: "دخل في كتابته إلخ" يعني أن المكاتب إذا اشترى من له قرابة الولاد منه دخل هو في كتابته تبعًا له، لأن المكاتب من أهل أن يكاتب إلا أنه لما لم يكن حراً حقيقة لم يكن مكاتبًا مكاتبًا أصيلا في كتابته بل تبعًا له، فما بقيت كتابته بقيت كتابته، وإذا ظهرعجز ظهر عجزه. ولما كان يرد عليه أن المكاتب ليس من أهل الإعتاق حتى إنه لو أعتق عبداً

يكاتب، وإن[1] لم يكن من أهل الإعتاق[2]، فيجعل مكاتبًا تحقيقًا للصلة[3] بقدر الإمكان، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه[4].

وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له[5] لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة، وقالا: يدخل؛ اعتبارًا بقرابة الولاد، إذ وجوب الصلة ينتظمهما[6]، ولهذا[7] لا يفترقان فى الحر فى حق الحرية. وله أن للمكاتب كسبًا لا ملكًا[8] غير أن الكسب يكفى للصلة فى الولاد[9]، حتى إن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد[10]، ولا يكفى[11] فى غيرهما[12]، حتى لا يجب نفقة الأخ إلا على

لم ينفذ عتاقه، فكيف يكون من أهل الكتابة، لأن الكتابة عتق مآلا، وإن لم يكن عتقا حالا، أشار إلى جوابه بأنه لا يلزم من عدم كونه أهلا للإعتاق عدم كونه أهلا للكتابة، فإن الإعتاق إنما ينفذ فى ما يملك المعتق والمكاتب لما لم يملك ملكًا تامًا ما دام هو فى كتابته لم يقدر على الإعتاق. بخلاف الكتابة فإن رتبتها أدون من رتبة العتق، لأن فى العتق انقلاب صفة بصفة فى الحال، ولا كذلك فى الكتابة، فيمكن أن تعتبر لتحقيق صلة القرابة، وهى كتابة ذى الرحم المحرم.

وهذا الوجه وإن اقتضى جريان الكتابة على كل ما يجرى عليه وصف العتق سواء كان من قرابة الولاد، أو من غيره، ولهذا قالا: يكاتب عليه كل من اشتراه من ذوى الرحم المحارم من غير فرق، لكن الإمام أبا حنيفة فصل بين قرابة الولاد وبين غيرها، فقال: بجريان الكتابة دون الثانى، وعلل بأن للمكاتب ملكا ضعيفًا، فإن له ملك اليد فقط لا ملك الرقبة، والملك الضعيف يعتبر فى قرابة الولاد دون غيرها، ألا ترى أن من له قدرة على الكسب وإن لم يكن له مال بالفعل يؤاخذ بنفقة الوالد والولد المعسرين والأخ إذا كان معسرًا قادرًا على الكسب لا يؤاخذ بنفقة أخيه المعسر ما لم يكن له مال حالا، فكفى الملك الضعيف فى قرابة الولاد التى هى منشأ الصلة ومنبعها، والمهتم بها أشد الاهتمام، ولم يكف فى ما عداها، فلذلك حكمنا بأن المكاتب إذا اشترى ابنه أو أباه، أو غيره ممن بينه وبينه نسبة الولاد يكاتب عليه اعتبارًا لملكه الضعيف، وتحقيقًا للصلة حتى الإمكان. وإذا اشترى أخاه أو أخته ممن ليست بينه وبينه تلك النسبة لم يكاتب عليه اعتبارًا لعدم الملك حقيقة، وعدم الضرورة المقتضية لاعتبار الملك الضعيف، فافهم. (مولانا محمد عبد الحى، دام فيضه)

(١) الواو وصلية.

(٢) قوله: "وإن لم يكن من أهل الإعتاق" وهذا لأن المكاتب ليس بمالك رقبة، والعتق يختص بمن يملك الرقبة لقوله عليه السلام: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم». (تبيين)

(٣) أى صلة الرحم.

(٤) قوله: "يعتق عليه [أى إذا اشترى أباه أو ابنه. ك]" أراد أن الحر إذا ملك لذى رحم محرم يعتق عليه تحقيقًا لصلة الرحم، فكذا إذا ملك المكاتب قريبه يكاتب عليه تحقيقًا لصلة الرحم بقدر الإمكان. (مل)

(٥) كالعم والعمة والأخت والأخ.

(٦) أى قرابة الولاد وغير قرابة الولاد.

(٧) أى لأجل أن وجوب الصلة ينتظم القبيلتين.

(٨) قوله: "لا ملكًا" حقيقة، ولهذا يحل الصدقة له، وإن أصاب مالا، ولا يملك الهبة ولا يفسد نكاح امرأته إذا اشتراها. (ك)

(٩) قوله: "غير أن الكسب إلخ" أراد أن قدرته على الكسب توجب الصلة فى قرابة الولادة. (مل)

(١٠) وإن لم يكن موسرًا. (ك)

(١١) الكسب.

الموسر[١]، ولأن هذه[٢] قرابة توسطت بين بني الأعمام[٣]، وقرابة الولاد، فألحقناها بالثاني فى العتق، وبالأول فى الكتابة، وهذا أولى[٤] لأن العتق أسرع نفوذًا من الكتابة، حتى إن أحد الشريكين إذا كاتب[٥] كان للآخر فسخه[٦]، وإذا أعتق لا يكون له[٧] فسخه[٨].

قال: وإذا اشترى أم ولده[٩] دخل ولدها فى الكتابة، ولم يجز بيعها[١٠]، ومعناه إذا كان معها ولدها[١١]، أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرناه[١٢]، وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد[١٣] فى هذا الحكم[١٤].

قال عليه السلام[١٥]: «أعتقها[١٦] ولدها»*، وإن لم يكن معها[١٧] ولد

---

(١٢) الوالد والولد.

(١) أى إلا على الأخ الموسر.

(٢) أى قرابة ذى رحم محرم غير الولاد.

(٣) قوله: "بنى الأعمام إلخ" أى بين القرابة البعيدة من بنى الأعمام والقرابة القريبة وهى الولاد والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما، فعملنا بالشبهين وألحقناها بالثانية أى القريبة فى العتق، حتى إذا اشترى أخاه عتق عليه، كما إذا ملك والده أو ولده وبالأولى، أى البعيدة فى الكتابة حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل فى كتابته كما إذا ملك ابن عمه. (عناية)

(٤) قوله: "وهذا [أى العمل على هذا الوجه] أولى" من العكس لأنا لو ألحقناها بالولاد فى الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضًا فى العتق، لأنه أسرع نفوذًا من الكتابة، وفى ذلك إبطال لأحد الشبهين، وأعمالهما، ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما. (ع)

(٥) العبد المشترك.

(٦) الكتابة.

(٧) أى للآخر.

(٨) الإعتاق.

(٩) قوله: "وإذا اشترى [هذا لفظ لقدورى. نت] إلخ" والأصل أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة فى رقبتها وله ملك اليد، وملك اليد لا يبطل النكاح. (عينى)

(١٠) أم ولد.

(١١) قوله: "إذا كان معها إلخ" أى امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها، فإن ملكها مع الولد إلخ. (غن)

(١٢) أراد به ما ذكره فى أول الفصل.

(١٣) قوله: "فلأنها تبع للولد إلخ" فإن قلت: إذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للأم حقها، وههنا يثبت للولد حق الحرية، فينبغى أن لا يثبت للأم حقها تحقيقًا لانحطاط رتبتها عن الولد.

قلت: للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع، فيثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقًا لانحطاط رتبتها، فإن قلت: لم لا تصير مكاتبة تبعًا للولد، قلت: العقد ورد على المكاتب والولد جزءه، فيكون واردا عليه بخلاف الأم. (تاج الشريعة)

(١٤) هو عدم جواز البيع.

فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد[١]، لأنها أم ولد، خلافًا لأبي حنيفة.

وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن[٢] كان معها ولد، لأن كسب المكاتب موقوف[٣]، فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ[٤] إلا أنه يثبت هذا الحق[٥] فيما إذا كان معها ولد تبعًا لثبوته[٦] في الولد بناء عليه، وبدون الولد لو ثبت[٧] يثبت ابتداء، والقياس ينفيه[٨].

وإن ولد له ولد من أمة له، دخل في كتابته؛ لما بينا[٩] في المشترى[١٠]، فكان حكمه كحكمه، وكسبه له، لأن كسب الولد كسب كسبه[١١]، ويكون[١٢] كذلك قبل الدعوة[١٣]، فلا ينقطع بالدعوى اختصاصه[١٤]، وكذلك إن ولدت المكاتبة ولدًا[١٥]،

---

(١٥) قوله: "قال عليه السلام [حين ولدت مارية إبراهيم بن النبي ﷺ] إلخ" أورده دليلا على عدم جواز بيع أم الولد لأنها عتقت بعتق ولدها. (عيني)

(١٦) قوله: "أعتقها" روى ابن ماجة والحاكم في "مستدركه"، وسكت عنه من حديث عكرمة عن ابن عباس قال ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال: «أعتقها ولدها»، وقال ابن القطان في كتابه: وقد روى بإسناد جيد عن ابن عباس قال: لما ولدت مارية إبراهيم، قال ﷺ: «أعتقها ولدها». (علي قاري)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٦، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٧٠ ص١٩١. (نعيم)

(١٧) أم ولد.

(١) أي لم يجز بيعها.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "موقوف [أي متردد] إلخ" أي موقوف على أداء جميع البدل، فإن أدى عتق وما فضل فهو له، وإن عجز عاد هو وماله للمولى، وكل موقوف يقبل الفسخ، فكسب المكاتب يقبل الفسخ، فلا يجوز أن يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ لأن مالا يقبله أقوى من الذي يقبله، والأقوى لا يجوز أن يكون تبعًا للأدنى. (ع)

(٤) وهو أمومية الولد وعدم جواز البيع.

(٥) أي امتناع البيع.

(٦) أي لثبوت امتناع البيع.

(٧) هذا الحق.

(٨) قوله: "والقياس ينفيه" يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما إذا كان معها الولد. (عناية)

(٩) يعني في أول الفصل.

(١٠) قوله: "في المشترى" أي في الولد المشترى، فإن قلت: المكاتب لا يملك المشترى أو لا وطئ أمته وبه قالت الثلاثة، فمن أين ولد له ولد حتى يدخل في كتابته، قلت: نعم، إلا أن له في مكاسبه يدا كالحر، وذلك يكفي لثبوت النسب منه عند الدعوة، وإن لم يحل وطئه، كما في الجارية المشتركة وجارية الابن، إذا وطئها الأب وادعى الولد. (عيني)

(١١) إذ الولد كسبه. (ع)

(١٢) أي يكون كسب الولد له.

(١٣) أي دعوة النسب.

(١٤) أي اختصاص المكاتب بكسب ولده. (ع)

لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدًا[١]، فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاد[٢]. قال[٣]: ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما، فولدت منه ولدًا دخل فى كتابتها[٤]، وكان كسبه لها[٥]، لأن تبعية الأم أرجح[٦]، ولهذا يتبعها[٧] فى الرق والحرية. قال[٨]: وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة، فولدت منه ولدًا، ثم استحقت فأولادها عبيد، ولا يأخذهم بالقيمة[٩]، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج[١٠]، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: أولادها أحرار بالقيمة[١١]، لأنه شارك الحر فى سبب ثبوت هذا الحق[١٢]، وهو الغرور، وهذا[١٣] لأنه ما رغب فى نكاحها[١٤] إلا لينال حرية الأولاد. ولهما أنه مولود بين رقيقين[١٥]، فيكون رقيقًا، وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية[١٦]، خالفنا[١٧]

(١٥) قوله: "وكذلك إن إلخ" أى كذلك إذا ولدت المكاتبة من زنا أو زوجها دخل الولد فى كتابتها، لأن الولد المولود يسرى إليه الصفات الشرعية الثابتة فى الأم كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك، فإذا سرى إليها صار حكمه حكم أمه، فكانت هى أحق به، وبكسبه لأنه جزءها، وقد انقطع حق المولى عنه. (تبيين)

(١) قوله: "مؤكدًا" احترز به عن ولد الآبقة فإن بيعها لا يجوز، وبيع ولدها يجوز، لأن امتناع البيع فى الآبقة غير موكد إذ الإباق مما لا يدوم. (عينى)

(٢) قوله: "كالتدبير والاستيلاد" أى كما يسرى الوصف الثابت المؤكد فى المدبر وأم الولد إلى أولادها. (عينى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "فى كتابتها" بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية فى الأمهات تسرى إلى الأولاد. (عينى)

(٥) قوله: "وكان كسبه لها" وفى بعض النسخ دخل فى كتابتهما وكان كسبه لهما، ومعناه إذا كاتبهما كتابة واحدة يدخل الولد فى كتابتهما لكن باعتبار تبعية الأم حتى يكون كسبه لها كما إذا كانت الكتابة متفرقة. (ك)

(٦) لأنه جزء منها بحيث يقرض بالمقراض. (عناية)

(٧) أى الولد الأم.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) أى لا يأخذ المكاتب الأولاد بقيمة يؤديها إلى المستحق، أى لا تكون الأولاد أحرارًا بالقيمة.

(١٠) فتزوج من امرأة ثم استحقت فإن ولده عبد ولا يأخذ بالقيمة.

(١١) قوله: أحرار بالقيمة" فيجب عليه قيمة الأولاد لأنه ولد المغرور والمهر فى الحال لوجود الإذن من المولى والأولاد حر، كذا فى "المبسوط"، وفى "شرح الجامع الصغير": أن قيمة الأولاد عنده يتأخر إلى ما بعد العتق، وإليه أشار المصنف بقوله: لأن حق المولى إلخ، ثم إذا غرم القيمة فيرجع عليها عنده، لأن الغرور حصل منها. (عناية)

(١٢) أى كون الأولاد حرًا بالقيمة.

(١٣) أى وجه اشتراكها فى هذا السبب.

(١٤) أى الامرأة التى ادعت أنها حرة.

(١٥) قوله: "مولود بين رقيقين" لأن أباه رقيق ما دام فى الكتابة، وأمه ظهرت رقيتها بثبوت الاستحقاق، فيكون رقيقًا كما إذا كان عالمًا بحالها. (عينى)

(١٦) لأنه جزءها.

هذا الأصل[١] في الحر[٢] بإجماع الصحابة، وهذا[٣] ليس في معناه[٤]، لأن حق المولى[٥] هناك[٦] مجبور بقيمة ناجزة[٧]، وههنا[٨] بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق[٩]، فيبقى على الأصل[١٠]، فلا يلحق به[١١].

قال[١٢]: وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى[١٣]، ثم استحقها رجل، فعليه العقر[١٤] يؤخذ به في الكتابة[١٥]، وإن وطئها على وجه النكاح[١٦] لم يؤخذ به حتى يعتق[١٧]، وكذلك المأذون له[١٨]. ووجه الفرق[١٩] أن في الفصل الأول[٢٠] ظهر الدين[٢١] في حق المولى، لأن التجارة وتوابعها[٢٢] داخلة تحت

(١٧) تركنا.

(١) أي أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية.

(٢) أي فيما إذا كان الرجل حراً. (ع)

(٣) أي ولد المكاتب.

(٤) ولد الحر المغرور.

(٥) قوله: "لأن حق المولى إلخ" أراد أن الحكم حرية الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بإيجاب قيمته في الحال. (مل)

(٦) أي في مسألة الحر المغرور.

(٧) حالة.

(٨) أي في مسألة العبد أو المكاتب المغرور.

(٩) قوله: "بقيمة متأخرة إلخ" فكان المانع من الإلحاق به موجوداً، وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير. (عيني)

(١٠) أي كون الولد تابعاً للأم.

(١١) أي بولد الحر المغرور.

(١٢) أي محمد. (عيني)

(١٣) قوله: "وإن وطئ المكاتب إلخ" أي إذا اشترى المكاتب بالشراء الصحيح أمة وطئها بغير إذن المولى أو بإذنه لكنه قال بغير إذنه ليتبين منه ما إذا كان بإذنه بالطريق الأولى. (ع)

(١٤) تقدم بيان العقر، ارجع.

(١٥) قوله: "في الكتابة [أي في حال الكتابة]" أي من غير تأخير إلى الإعتاق. (ع)

(١٦) أي بغير إذن المولى.

(١٧) قوله: "يعتق" وينبغي لك أن تعلم أن المكاتب إنما يؤاخذ بالعقر في النكاح بعد العتق إذا كانت المرأة ثيباً، أما إذا كانت بكراً، فوطئها يوخذ به في الحال. (ميرجان)

(١٨) في التجارة قناً كان أو مدبراً.

(١٩) بين الوطئ على وجه الملك والوطئ بالنكاح.

(٢٠) أي الوطئ على وجه الملك.

(٢١) أي دين المستحق.

(٢٢) كالضيافة والهدية.

الكتابة، وهذا العقر[١] من توابعها، لأنه لو لا الشراء لما سقط الحد[٢]، وما لم يسقط الحد[٣] لا يجب العقر، أما لم يظهر[٤] في الفصل الثاني[٥] لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء[٦]، فلا ينتظمه[٧] الكتابة[٨] كالكفالة[٩].

قال: وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدًا، ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة[١٠]، وكذلك العبد المأذون له؛ لأنه[١١] من باب التجارة، فإن التصرف تارة يقع صحيحًا، ومرة يقع فاسدًا والكتابة والإذن ينتظمانه[١٢] بنوعيه[١٣] كالتوكيل[١٤]، فكان[١٥] ظاهرًا في حق المولى[١٦].

فصل[١٧]

قال: وإذا ولدت المكاتبة[١٨] من المولى، فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها، وصارت أم ولد له؛ لأنها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل[١٩]، أو آجلة بغير بدل[٢٠]، فتخير بينهما.

---

(١) الذي وجب على المكاتب بسبب وطئ المشتراة.

(٢) أي حد الزنا.

(٣) قوله: "وما لم يسقط الحد إلخ" فالحاصل أن الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط الحد أوجب العقر فالكتابة أوجب العقر. (عيني)

(٤) الدين في حق المولى.

(٥) هو الوطئ بالنكاح.

(٦) ووجوب العقر إنما هو باعتبار شبهة النكاح.

(٧) أي النكاح.

(٨) فيتأخر إلى ما بعد عتقه.

(٩) قوله: "كالكفالة" يعني إذا كفل المكاتب يؤخذ به بعد العتق، لأن الكتابة لا تنتظمها. (مل)

(١٠) أي في حال الكتابة.

(١١) الشراء.

(١٢) الشراء.

(١٣) الصحيح والفاسد.

(١٤) يعني إذا وكل وكيلا بالعقد يتناول الصحيح والفاسد.

(١٥) دين العقر.

(١٦) لوجود الإذن منه.

(١٧) قوله: "فصل" مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ففصلها بفصل. (ع)

(١٨) قوله: "وإذا ولدت المكاتبة إلخ" سواء صدقته إذا ادعى أو كذبته، لأن للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة، فيثبت من غير تصديق. (ع)

ونسب ولدها ثابت من المولى[١] وهو[٢] حر؛ لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها[٣]، وماله من الملك[٤] يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة، وإذا مضت على الكتابة[٥] أخذت العقر[٦] من مولاها لاختصاصها بنفسها، وبمنافعها[٧] على ما قدمنا[٨]. ثم إن مات المولى[٩] عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة[١٠]، وإن ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها[١١]، وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة، فإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد، لأنه حر، ولو ولدت ولد آخر لم يلزم المولى[١٢] إلا أن يدعي لحرمة وطئها[١٣] عليه[١٤]، فلو لم يدع[١٥]، وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد، لأنه مكاتب تبعًا لها[١٦]، فلو مات المولى بعد ذلك[١٧]

---

(١٩) إذا مضت على الكتابة.

(٢٠) إذا عجزت نفسها صارت أم ولد فتعتق بعد الموت.

(١) سواء جاءت لستة أشهر أو لأكثر.

(٢) أي الولد.

(٣) قوله: "يملك الإعتاق إلخ" تحريره أن الدعوة من المولى كالتحرير وأنه يملك تحرير ولدها من غير دعوة قصدا فلأن يملك ذلك ضمنا للدعوة بالطريق الأولى. (عيني)

(٤) قوله: "وماله من [بيان ما] الملك [في الجارية] إلخ" دليل لقوله: ونسب ولدها ثابت من المولى ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا يصح دعوته، لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب، والمكاتب إذا ادعى الولد من مكاتبته يثبت فمن المولى أولى. (ع)

(٥) أي اختارت الكتابة. (ع)

(٦) أي مهر مثلها.

(٧) أي أكسابها.

(٨) قوله: "على ما قدمنا" يعني قبيل فصل الكتابة الفاسدة بقوله: وإذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر لأنها صارت أخص بأجزاءها. (ك)

(٩) قوله: "ثم إن مات المولى" يعني بعد مضيها على الكتابة. (ع)

(١٠) قوله: "وسقط عنها إلخ" لأنها التزمت المال ليسلم لها رقبتها بجهة الكتابة، ولم يسلم بهذه الجهة فلم يجب البدل. (عيني)

(١١) أي بدل كتابتها.

(١٢) قوله: "لم يلزم المولى [الولد الآخر]" أي بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم يكن محرم الوطئ، وهذا محرم وطئها، فلا بد من الدعوة. (ع)

(١٣) قوله: "إلا أن يدعى إلخ" وهذا بخلاف أم الولد إذا ولدت ولدًا حيث يلزم المولى لأنها أم ولد يحل للمولى وطئها، وهذه أم ولد لا يحل للمولى وطئها فلذلك لا يلزم المولى إلا أن يدعى حتى إذا عجزت نفسها ثم ولدت ولدًا فإنه يلزم المولى بدون الدعوة كأنها صارت أم ولد يحل وطئها، فيحكم بثبوت النسب من المولى كسائر أولاد أم الولد. (كفاية)

(١٤) لبقاء الكتابة.

(١٥) أي نسب الولد الثاني.

عتق[١]، وبطل عنه[٢] السعاية، لأنه بمنزلة أم الولد[٣]، إذ هو ولدها، فيتبعها.

قال[٤]: وإذا كاتب المولى أم ولده جاز[٥]، لحاجتها[٦] إلى استفادة الحرية قبل موت المولي، وذلك[٧] بالكتابة، ولا تنافي[٨] بينهما[٩]، لأنه تلقتها[١٠] جهتا حرية[١١]، فإن مات المولى[١٢] عتقت بالاستيلاد؛ لتعلق عتقها بموت السيد، وسقط عنها بدل الكتابة؛ لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء، فإذا عتقت قبله[١٣] لا يمكن توفير الغرض عليه[١٤]، فسقط[١٥] وبطلت الكتابة؛ لامتناع إبقاءها من غير فائدة غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد[١٦]، لأن الكتابة انفسخت[١٧] في حق

---

(١٦) قوله: "لأنه مكاتب تبعًا" أي لأن الولد الثاني دخل في كتابة أمها، وهذا يؤدي كتابتها على نجوم أمها. (عيني)

(١٧) أي بعد موت المكاتبة.

(١) الولد الثاني.

(٢) أي عن الولد الثاني.

(٣) فهي لا تسعى بعد موت السيد وتعتق، فكذا ولدها تبعًا لها.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "جاز" وعورض بأن مالية أم الولد غير متقوم عند أبي حنيفة، فكيف يقابلها بدل متقوم، وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدًا ورقبة والكتابة لدفع الأول أول الحال، ولدفع الثاني في الثاني والملك يجوز أن يقابله ببدل متقوم، وإن لم يكن متقومًا كملك القصاص إذا عفا بعض الأولياء، فإنه يقابل حصة الآخرين بالمال. (ع)

(٦) أم ولد.

(٧) الاستفادة.

(٨) قوله: "ولا تنافي إلخ" جواب سؤال مقدر تقريره أن يقال: أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين. (عنى)

(٩) أي بين الكتابة والاستيلاد.

(١٠) على سبيل البدل.

(١١) أي عاجلة ببدل الكتابة وآجله بغير بدل. (ك)

(١٢) قبل أداء بدل الكتابة.

(١٣) أداء.

(١٤) المولى.

(١٥) بدل الكتابة.

(١٦) قوله: "غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد إلخ" جواب لشبهة، وهي أن يقال: لما انفسخت الكتابة بموت المولى كان ينبغي أن لا يسلم لها الأكساب والأولاد المشتراة في الكتابة، فأجاب بأن الكتابة انفسخت في حق البدل، وبقيت في حق الأكساب والأولاد، لأن الفسخ لنظرها والنظر في انفساخها في حق سقوط البدل لا في حق الأولاد والأكساب. (ك)

قوله: "والأولاد" قال تاج الشريعة: أي الأولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الأولاد التي ولدت من مولاها، فإنهم أحرار. (عيني)

البدل[١]، وبقيت[٢] في حق الأولاد والإكساب[٣]، لأن الفسخ[٤] لنظرها، والنظر فيما ذكرنا[٥]، ولو أدت المكاتبة[٦] قبل موت المولى عتقت بالكتابة[٧]، لأنها[٨] باقية. قال: وإن كاتب مدبرته[٩] جاز، لما ذكرنا[١٠] من الحاجة، ولا تنافي[١١] إذ الحرية غير ثابتة[١٢]، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق[١٣]، وإن مات المولى ولا مال له غيرها[١٤]، فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها[١٥] أو جميع مال الكتابة، وهذا[١٦] عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: تسعى[١٧] في الأقل منهما، وقال محمد: تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها، وثلثي بدل الكتابة، فالخلاف في الخيار والمقدار،

---

(١٧) أي في أم الولد.

(١) أي بدل الكتابة.

(٢) قوله: "وبقيت في حق الأولاد إلخ" فيعتق الأولاد، ويخلص لها الأكساب، لقائل أن يقول: الكتابة عقد واحد، فكيف يتصور بطلانه، وعدم بطلانه في حالة واحدة، والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين: أحدهما: أن يبطل بعجز المكاتب عن إيفاء البدل، والثاني: أن يبطل بانتهاءه، وبالأول يعود رقيقًا، وأولاده وأكسابه لمولاه، وبالثاني يعتق، ويخلص ما بقي من أكسابه. (ع)

(٣) فلو لم يبق الكتابة لعادوا إلى ملك ورثة المولى كما في سائر المكاتبين.

(٤) أي فسخ الكتابة.

(٥) قوله: "فيما ذكرنا" وهو سقوط الكتابة في حق البدل، وبقاءها في حق الأولاد والأكساب لأنه على تقدير إنفاضها في حق الأولاد والأكساب تصير الأولاد إرقاء لورثة المولى، وكذا تصير الأكساب ملكا له، ولا نظر لهم في ذلك. (عيني)

(٦) أي بدل الكتابة.

(٧) لا بالاستيلاد.

(٨) الكتابة.

(٩) قوله: "مدبرته" إنما وضع المسألة في المدبرة لمناسبة أم الولد، وإن كانت هذه الأحكام في المدبر أيضًا. (عيني)

(١٠) قوله: "لما ذكرنا" أي عند قوله: لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة. (عيني)

(١١) قوله: "ولا تنافي [بين الكتابة والتدبير] إلخ" جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال: التدبير يقتضي الحرية بلا بدل، والكتابة ببدل فبينهما منافاة. (عيني)

(١٢) في المدبر.

(١٣) قوله: "مجرد الاستحقاق" أي استحقاق الحرية لا حقيقتها، فتوجه إليها جهتا عتق عاجل ببدل، وآجل بلا بدل، فانتفى التنافي. (عيني)

(١٤) قوله: "ولا مال له غيرها" إنما قيد به لأنه لو كان له مال غيرها وهي تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير، وسقطت عنها المكاتبة لوقوع الاستغناء بها عن أداء المال، فكان هذا بمنزلة ما لو أعتق المولى مكاتبه. (ك)

(١٥) مدبرة لا قنة.

(١٦) أي هذا الخيار.

(١٧) ولا خيار لها.

فأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار، ومع محمد فى نفى الخيار. أما الخيار[١] ففرع تجزئ الإعتاق، والإعتاق عنده[٢] لما تجزأ بقى الثلثان رقيقاً[٣]، وقد تلقتها[٤] جهتا حرية ببدلين معجلة بالتدبير[٥]، ومؤجلة بالكتابة، فتخير[٦]، وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها، فهى حرة[٧]، ووجب عليها أحد المالين[٨]، فتختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير[٩]. وأما المقدار فلمحمد أنه[١٠] قابل البدل بالكل[١١]، وقد سلم لها الثلث بالتدبير، فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث[١٢] يسقط كل بدل الكتابة، فههنا[١٣] يسقط الثلث[١٤]، فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة[١٥]. ولهما[١٦] أن جميع البدل مقابل بثلثى رقبتها فلا يسقط منه شىء، وهذا لأن البدل[١٧] و إن[١٨] قوبل بالكل[١٩] صورة[٢٠] وصيغةً لكنه مقيد بما

---

(١) أى أما الكلام فى الخيار فمبنى على تجزئ الإعتاق. (تبيين)

(٢) الإمام الأعظم.

(٣) لأنها لم تخرج عن الثلث فعتق ثلثها وبقى ثلثاها.

(٤) فى الثلثين.

(٥) فإن المولى قد مات.

(٦) قوله: "فتخير" لأن فى التخيير فائدة، وإن اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل، وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا، فكان التخيير معتبرا. (عناية)

(٧) قوله: "فهى حرة" اعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجز عندهما عتق كلها بالتدبير بعتق بعضها وانفسخت الكتابة، فوجب السعاية فى ثلثى قيمتها لا غير، وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها، فربما بدلها أقل، فيحصل النظر بوجوبه. (عناية)

(٨) وهما بدل الكتابة والقيمة.

(٩) قوله: "فلا معنى للتخيير" لأنه لما بقى عليها بدل الكتابة حالا، ووجب عليها ثلث القيمة بالتدبير حالا لم يكن التخيير مفيداً، فيلزمه أقل المالين. (عينى)

(١٠) المولى.

(١١) قوله: "قابل البدل [أى بدل الكتابة] بالكل" أى بكل المدبرة، لأنه أضاف العقد إلى كلها، فقال: كاتبتك على هذا، وهى محل قابل لهذا العقد كالقن، فيصير كلها مكاتباً، وإذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها مجاناً، فيجب أن يسقط بقدره من الثلث، وإلا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هف، وصار كما إذا استأجر التدبير بأن كاتب عبده أولا، ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه، فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق. (كفاية)

(١٢) بأن كانت ثلث المال.

(١٣) أى فيما إذا لم تخرج من الثلث.

(١٤) من البدل.

(١٥) وهى المسألة التى تلى هذه المسألة.

(١٦) الشيخين.

(١٧) أى بدل الكتابة.

ذكرنا معنى وإرادة، لأنها استحقت[١] حرية الثلث[٢] ظاهراً[٣]، والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال[٤] بمقابلة ما يستحق حريته[٥]، وصار هذا كما إذا طلق امرأته ثنتين، ثم طلقها ثلثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة[٦]، كذا ههنا. بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة[٧]، وهى المسألة التى تليه[٨]، لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق[٩] عنده[١٠] فى شيء فافترقا[١١].

قال: وإن دبر مكاتبته صح التدبير؛ لما[١٢] بينا[١٣]، ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها، وصارت مدبرة؛ لأن الكتابة ليست بلازمة فى جانب المملوك[١٤]، فإن مضت على كتابتها فمات المولى، ولا مال له غيرها فهى بالخيار إن شاءت سعت فى ثلثى مال الكتابة، أو ثلثى قيمتها عند أبى حنيفة.

---

(١٨) الواو وصلية.

(١٩) أى بكل ذات المدبرة.

(٢٠) قوله: "صورة" أى من حيث الصورة، حيث قال: كاتبتك فإنه مقابل بكل صورة وصيغة، أى من حيث الصيغة أيضًا، لأن كاف الخطاب عبارة عن كل الذات، لكنه أى كل البدل مقيد بما ذكرنا، وهو مقابلة بثلثى رقبتها معنى وإرادة، لأن البدل قوبل بما يصح مقابلته، فصح فيما يصح مقابلته. (عينى)

(١) بالتدبير.

(٢) أى مجانًا.

(٣) قوله: "ظاهراً" إنما قيد بقوله: ظاهراً لأنه إذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فإنه لا يسلم له الثلث إلا بالسعاية. (ك)

(٤) قوله: "والظاهر أن الإنسان [فإنه إذا مات المولى غنيا فيعتق من الكل وإلا فمن الثلث متيقنًا. عناية] إلخ" أقول: لمانع أن يمنع هذه المقدمة فإنه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت فى المدبرة فى الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها، فجاز أن تحتاج إلى استفادة حقيقتها عاجلا فتلزم المال بمقابلتها. (نت)

(٥) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثى رقبتها، فلا يسقط منه شيء.

(٦) قوله: "لدلالة الإرادة" أى إرادة المطلق لأن الظاهر أنها تدفع الألف فى مقابلة الطلقة الواحدة الباقية، لأنه لم يبق إلا الطلقة الواحدة الباقية كذلك ههنا. (ك)

(٧) جواب عما قاسه محمد.

(٨) قوله: "وهى المسألة التى تليه" أى المسألة التى فيها تأخر التدبير عن الكتابة هى التى تلى الحكم الذى فيه تأخر الكتابة عن التدبير. (عينى)

(٩) قوله: "إذ لا استحقاق إلخ" فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حقه من بدل الكتابة. (عناية)

(١٠) أى عند الكتابة.

(١١) قوله: "فافترقا" أى افترق حكم تقدم الكتابة على التدبير وحكم تأخرها فلم يصح قياس محمد على تقدمها.(ب)

(١٢) أنه لا تنافى. (ك)

(١٣) من أنه تلقتها جهتا الحرية. (عناية)

(١٤) فله التعجيز.

وقالا: تسعى في الأقل منهما، فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا[١]، أما المقدار[٢] فمتفق عليه[٣]، ووجهه ما بينا[٤].

قال[٥]: وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه، لقيام ملكه فيه، وسقط بدل الكتابة؛ لأنه ما التزمه إلا مقابلا بالعتق، وقد حصل[٦] له دونه، فلا يلزمه، والكتابة[٧] وإن[٨] كانت لازمة في جانب المولى، ولكنها تفسخ برضا العبد، والظاهر رضاه[٩] توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له[١٠]، لأنا نبقي الكتابة في حقه[١١]. قال[١٢]: وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة، فصالحه على خمس مائة معجلة، فهو جائز استحسانًا، وفي القياس لا يجوز، لأنه اعتياض عن الأجل[١٣]، وهو ليس بمال، والدين مال، فكان ربا[١٤]، ولهذا[١٥] لا يجوز مثله في الحر[١٦] ومكاتب الغير[١٧].

---

(١) أراد به قوله: "أما الخيار فرع تجزئ الإعتاق. (ك)

(٢) قوله: "أما المقدار" وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة، أوقيتها على قول أبي حنيفة، كذا على قولهما. (عيني)

(٣) قوله: "فمتفق عليه" أما محمد فمشى على أصله، فلا يحتاج إلى فرق، وأما الفرق لهما بين هذه وما تقدم ما بينا أن البدل مقابل بالكل إلخ. (عناية)

(٤) أراد به قوله: لأن البدل مقابل بالكل. (ك)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) العتق.

(٧) قوله: "والكتابة إلخ" جواب سؤال تقريره أن يقال: الكتابة لازمة من جانب المولى، فلا يقبل الفسخ. (مل)

(٨) الواو وصلية.

(٩) العبد، لأنه إذا رضي ببدل فبلا بدل يكون أرضى.

(١٠) قوله: "سلامة الأكساب إلخ" جواب عما عسى أن يقال: قد يكون راضيًا ببدل نظرًا إلى سلامة الأكساب له فقد يكون الأكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها جملة، فقال: الأكساب ثابتة له. (عيني)

(١١) قوله: "لأنا نبقي الكتابة في حقه [أي في حق المكسوب أو المال كأنه أدى مال الكتابة، وعتق، وفضل أكسابه فهو له]" أي في حق الكسب، لأن الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للنظر، والنظر في إبقاءها في حق سلامة الأكساب. (عيني)

(١٢) أي محمد. (عيني)

(١٣) قوله: "لأنه اعتياض عن الأجل" أي لأن هذا الصلح اعتياض إما ليس بمال بما هو مال، لأن الأجل غير مال.(ب)
قوله: "اعتياض عن الأجل" وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز، وعقد الكتابة عقد معاوضة، وإذا لم يجز ذلك كان خمس مائة بدلا عن ألف، وذلك ربا، لا يقال: هلا جعلت إسقاطًا لبعض الحق، فيجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق، والمعجل لم يكن مستحقًا. (عناية)

(١٤) لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض. (ك)

(١٥) أي لكونه ربا.

وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه[١] لأنه لا يقدر[٢] على الأداء[٣] إلا به، فأعطى له حكم المال، وبدل الكتابة مال من وجه، حتى لا تصح الكفالة به[٤]، فاعتدلا[٥]، فلا يكون ربا[٦]، ولأن[٧] عقد الكتابة عقد[٨] من وجه دون وجه[٩]، والأجل ربا من وجه[١٠]، فيكون شبهة الشبهة[١١]. بخلاف العقد بين الحرين[١٢]، لأنه عقد من كل وجه[١٣]، فكان ربا، والأجل فيه شبهة[١٤].

قال: وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة، وقيمته[١٥] ألف، ثم مات ولا مال له غيره، ولم يجز الورثة[١٦]، فإنه يؤدى ثلثى الألفين حالا[١٧]،

---

(١٦) قوله: "في الحر" بأن كان على الحر ألف مؤجل، فصالحه على خمس مائة حالة لا يجوزه. (حميدية)

(١٧) قوله: "مكاتب الغير" بأن كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمس مائة معجلة لا يجوز.(ب)

(١) قوله: "مال من وجه" فيه نظر، وهو أن المال ما يتمول به، وهو يعتمد الإحراز، وذلك في الأجل غير متصور، أجيب بأن ما ذكرتم أن المال ما يتمول به ويحرز صحيح إذا كان مالا من كل وجه، وليس ما نحن فيه كذلك، وإنما المراد به ههنا أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب، وهو في ذلك كعين الدرهم، لتوقف قدرة الأداء عليه توقفها على عين الدراهم. (عيني)

(٢) قوله: "لأنه لا يقدر إلخ" أي بالقدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الأداء لا القدرة الممكنة، وهي أدنى ما يتمكن به من الأداء، وظاهر أن اليسر على الأداء في حق المكاتب [illegible] يتصور بالأجل لأنه يخرج من يد المولى مفلسا، فيمتنع الناس غالبا عن إقراضه المال في الحال، فيعسر الأداء عليه [illegible] بدون الأجل، وإن أمكن في الجملة. (نت)

(٣) أي أداء بدل الكتابة.

(٤) قوله: "حتى لا تصح الكفالة به" أي ببدل الكتابة، فلو كان مالا من كل وجه لصحت الكفالة به.(ب)

(٥) قوله: "فاعتدلا [أي الأجل ومال الكتابة]" فكان احتياجنا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه، واختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا. (ع)

(٦) لوجود الاعتدال وهو المساواة.

(٧) وجه آخر للاستحسان.

(٨) لأنه معاوضة.

(٩) قوله: "دون وجه" لما تقدم أن له شبها بتعليق العتق بشرط الأداء، فيكون من هذا الوجه يمينا، والأجل ربا من وجه ففيه شبهة الربا، وشبهة الربا إذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة. (ع)

(١٠) قوله: "ربا من وجه" لأن حقيقة الربا تكون بين المالين، والأجل ليس بمال. (عيني)

(١١) والشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة.

(١٢) قوله: "بخلاف العقد بين الحرين" جواب عن قوله: ولهذا لا يجوز مثله في الحر، تقريره أن العقد بين الحرين أي عقد الصلح بين الحرين على الوجه المذكور إنما لا يجوز لأنه عقد من كل وجه، فكان ربا. (عيني)

(١٣) ولهذا لا يصح تعليق المعاوضات أصلا، فلم يجز الاعتياض عن الأجل إلحاقا لشبهة الربا بحقيقة الربا. (مير جان)

(١٤) فاعتبرت، فلذلك لم تصح.

(١٥) الواو حالية.

(١٦) قوله: "ولم يجز [أي الأجل] الورثة" لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة إلا في حق التأجيل، فكان لهم

والباقي [١] إلى أجله [٢]، أو يرد رقيقًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعند محمد يؤدي ثلثي الألف حالا، والباقي إلى أجله، لأن له [٣] أن يترك الزيادة [٤] بأن يكاتبه [٥] على قيمته [٦]، فله أن يؤخرها [٧]، فصار كما إذا خالع المريض امرأته [٨] على ألف إلى سنة جاز، لأن له أن يطلقها بغير بدل.

لهما أن جميع المسمى [٩] بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الأبدال [١٠]، وحق الورثة متعلق بالمبدل، فكذا بالبدل، والتأجيل إسقاط معنى، فيعتبر من ثلث الجميع [١١]، بخلاف الخلع، لأن البدل فيه لا يقابل المال [١٢]، فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل، ونظير هذا [١٣] إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة، وقيمتها ألف ثم مات ولم يجز الورثة [١٤] فعندهما [١٥] يقال للمشتري: أدّ ثلثي جميع الثمن حالا، والثلث إلى أجله [١٦]، وإلا [١٧] فانقض البيع، وعنده [١٨] يعتبر الثلث بقدر

أن يردون، إذ بتأجيل المال أخر حقهم، وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون إجازتهم. (عيني)

(١٧) وهو ألف وثلث مائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم. (٤)

(١) وهو ست مائة وستة وستون، وثلثا درهم.

(٢) أي الذي عينه المولى.

(٣) أي للمولى.

(٤) على القيمة، لأنه لم يتعلق بها حق الورثة.

(٥) عبد.

(٦) وهي الألف.

(٧) قوله: "فله [المولى] أن يؤخرها" لأنه لما جاز له ترك أصله جاز له ترك وصفه وهو التعجيل بالطريق الأولى، قال صاحب "العناية": ولو قال: لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف، فله أن يؤخرهما كان أحسن. (عيني)

(٨) قوله: "كما إذا خالع إلخ" أراد أنه لو خالع امرأته في مرض موته على ألف إلى سنة جاز، ولا مال له غيره، ولم يجز الورثة التأجيل فإنه يعتبر من كل المال، لأنه لو تركه صح بأن يطلقها بلا بدل، فصح تأجيله. (عيني)

(٩) الألفين.

(١٠) من حيث إنه لا يعتق إلا بأداء الكل.

(١١) الألفين.

(١٢) لأن البضع في حالة الخروج لا يعتبر مالا.

(١٣) أي أصل اختلافهم هذا في مريض باع إلخ. (ك)

(١٤) أي التأجيل.

(١٥) الشيخين.

(١٦) الذي عينه.

(١٧) أي وإن لم ترضَ به.

(١٨) محمد.

القيمة[١]، لا فيما زاد عليه لما بينا[٢] من المعنى[٣].

قال[٤]: وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته[٥] ألفان، ولم يجز الورثة يقال له: أدّ ثلثى القيمة حالا، أو رد رقيقًا فى قولهم جميعًا، لأن المحاباة[٦] ههنا فى القدر[٧] والتأخير[٨]، فاعتبر الثلث فيهما[٩].

باب[١٠] من[١١] يكاتب عن العبد[١٢]

قال[١٣]: وإذا[١٤] كاتب الحر[١٥] عن عبد بألف درهم، فإن أدى عنه عتق وإن بلغ العبد فقبل، فهو مكاتب، وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد: كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أديت إليك ألفا فهو حر، فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأداءه[١٦] بحكم الشرط[١٧]، وإذا قبل العبد صار[١٨] مكاتبًا، لأن الكتابة كانت موقوفة[١٩] على إجازته[٢٠]، وقبوله إجازة.

---

(١) قوله: "يعتبر الثلث إلخ" فيقال له عنده: عجل ثلثى القيمة والباقى عليك إلى أجل. (عينى)

(٢) قوله: "لما بينا" أى من الدليل فى الطرفين من قوله: لأن له أن يترك الزيادة إلخ. (ن)

(٣) أراد به ما ذكر من الدليل فى الطرفين. (ك)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) الواو حالية.

(٦) أى الحط والتبرع.

(٧) وهو إسقاط الألف.

(٨) هو تأجيل الألف الأخرى.

(٩) قوله: "فاعتبر الثلث إلخ" أى يصح تصرفه فى ثلث قيمته فى الإسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضًا، ولم يصح تصرفه فى ثلثى القيمة لا فى حق الإسقاط، ولا فى حق التأخير. (عينى)

(١٠) قوله: "باب من إلخ" لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل فى الكتابة، ذكر فى هذا الباب أحكامًا تتعلق بالنائب فيها، وقدم أحكام الأصيل، لأن الأصل فى تصرف المرء بنفسه أن يكون لنفسه. (عناية)

(١١) أى من يقعد عقد الكتابة لأجل العبد. (أعظمى)

(١٢) أى بطريق الفضولى والنيابة عن العبد.

(١٣) أى محمد. (عينى)

(١٤) هذا من مسائل "الجامع الصغير"، كذا فى "العناية".

(١٥) الأجنبى فضوليًا.

(١٦) وهذا يصح من غير قبول العبد.

(١٧) لأنه تعلق العتق بأداء الألف.

(١٨) العبد.

(١٩) قوله: "كانت موقوفة" لأنه عقد جرى بين فضولى ومالك، فيتوقف على إجازة من له الإجازة، فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتبًا. (عينى)

ولو لم يقل: على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر، فأدى[1] لا يعتق قياسا، لأنه لا شرط[2]، والعقد موقوف[3]، وفي الاستحسان[4] يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب[5] في تعليق العتق بأداء القائل[6]، فيصح[7] في حق هذا الحكم[8]، ويتوقف[9] في حق لزوم الألف على العبد، وقيل: هذه[10] هي صورة مسألة الكتاب[11]، ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد، لأنه متبرع[12].

قال[13]: وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو[14] غائب، فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا، ومعنى المسألة أن يقول العبد[15]: كاتبني بألف درهم على نفسي، وعلى فلان الغائب، وهذه الكتابة جائزة استحسانًا، وفي القياس يصح

---

(٢٠) العبد.

(١) الألف.

(٢) لأنه لم يقل: إن أديت إليك ألفًا فهو حر. (ك) حتى يعتق بأداء الشرط.

(٣) أي على إجازة العبد فلا حكم له.

(٤) قوله: "وفي الاستحسان" توضيحه أن الكتابة تضمن تعلق العتق بالأداء، ولزوم المال على العبد والحر القابل وإن لم يصلح أصيلا في حق لزوم المال فهو يصلح أصيلا في حق التعليق. (مولانا إله داد)

(٥) قوله: "لأنه لا ضرر إلخ" وهذا لأن المولى ينفرد بإيجاب العتق، والحاجة إلى قبول المكاتب لأجل البدل فإذا تبرع الفضولي بأداء البدل وتصرف الفضولي نافذ في حق كل حكم ليس فيه ضرر، ولا ضرر عليه في عتقه عند تبرع الغير بأداء البدل عنه، فينعقد الكتابة في حق هذا الحكم، ويتوقف في حكم لزوم الألف على العبد. (كفاية)

(٦) أي في توقف العتق على أداء القائل.

(٧) العقد، تصحيحًا للعقد بقدر الإمكان. (عيني)

(٨) قوله: "في حق هذا الحكم" الذي هو موجب عقد الكتابة، وهو تعلق عتق العبد على أداء القائل. (أعظمي)

(٩) العقد نظرًا للعبد. (عيني)

(١٠) قوله: "وقيل هذه إلخ" يعني قيل صورة مسألة الكتاب ما إذا لم يقل: إن أديت إليك ألفًا، فهو حر بل قال له: كاتب عبدك على ألف درهم، وقبل الفضولي عن العبد، والحكم فيه أنه إن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل يصير مكاتبًا، وقيل: هذا الجواب أي العتق بأداء الفضولي فيما إذا كانت المسألة مصورة بصورة التعليق بأن قال الفضولي: على أني إن أديت فهو حر. (ك)

(١١) أي الجامع الصغير.

(١٢) قوله: "لأنه متبرع" لأنه لم يأمره بالأداء، ولا هو مضطر في أداءه، وهل له أن يسترد ما أدى إلى المولى، قلنا: إن أداه بحكم الضمان وهو أن يقول: كاتب عبدك على ألف درهم على أني ضامن يرجع عليه، لأنه أدى بضمان فاسد، فإن الكفالة ببدل الكتابة لا تصح وإن أدى بغير ضمان لا يرجع لأنه متبرع حصل له مقصوده وهو عتق العبد، فلا يرجع كمن تبرع بأداء الثمن على المشتري، وتم تبرعه. (ك)

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٤) الواو حالية.

(١٥) لمولاه. (ع)

على نفسه لولايته عليها، ويتوقف في حق الغائب[١] لعدم الولاية عليه.

وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا، والغائب تبعًا، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعًا حتى عتقوا بأداءها، وليس عليهم من البدل شيء، وإذا أمكن تصحيحه على هذ الوجه يتفرد به الحاضر، فله[٢] أن يأخذه[٣] بكل البدل، لأن البدل عليه لكونه أصيلا فيه، ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه[٤].

قال: وأيهما[٥] أدى عتقا[٦]، ويجبر الولي على القبول، أما الحاضر[٧] فلأن البدل عليه، وأما الغائب، فلأنه ينال به شرف الحرية وإن[٨] لم يكن البدل عليه، وصار كمعير الرهن[٩] إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه[١٠].

قال: وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه، لأن الحاضر قضى دينًا عليه[١١]، والغائب متبرع به[١٢] غير مضطر إليه[١٣].

---

(١) كمن باع عبده وعبدَ غيره.

(٢) للمولى.

(٣) الحاضر.

(٤) قوله: "لأنه تبع فيه" أي في العقد، وهذا يدلك على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه. (عناية)

(٥) أي أيٌّ من الشاهد والغائب. هذا تكرار إعاده تمهيداً لقوله: ويجبر المولى إلخ.

(٦) الحاضر والغائب.

(٧) قوله: "أما الحاضر إلخ" يعني أما الحاضر فلأن البدل عليه، فيجبر المولى على قبوله عند أداءه، ويعتق الغائب أيضًا لدخوله في كتابة الحاضر تبعًا كما في ولد المكاتبة أو لما ذكرنا من التعليق، ووجود الشرط، وأما إذا أدى الغائب فلأنه ينال بهذا الأداء شرف الحرية، فلا يكون بمنزلة الأجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتب، ومعير الرهن إذا قضى دين الراهن، فإن المرتهن يجبر على القبول، لأنه يستخلص به ماله، وههنا أولى، لأنه يستخلص به نفسه، ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب، لأنه دخل في الكتابة تبعًا كولد المكاتبة. (كفاية)

(٨) الواو وصلية.

(٩) بأن استعار إنسان من آخر شيئًا ليرهن، ثم أدى المعير الدين.

(١٠) قوله: "وإن [الواو وصلية] لم يكن الدين عليه" فكذا ههنا يجبر المولى على القبول من الغائب وإن لم يكن البدل عليه لأنه محتاج إلى استفادة الحرية. (عيني)

(١١) ومثله لا يرجع.

(١٢) أي بالأداء.

(١٣) قوله: "غير مضطر إليه [أي من جهة الحاضر بخلاف معير الرهن فإنه مضطر فيه]" قد يقال: معير الرهن اعتبر مضطراً إلى أداء دين المستعير لاستخلاص المال، والحاجة إلى استخلاص نفسه أقوى فأولى أن يعتبر الغائب مضطراً

قال: وليس للمولى أن يأخذ[١] العبد الغائب[٢] بشيء؛ لما بينا[٣]، فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء[٤]، والكتابة لازمة[٥] للشاهد[٦]، لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب، فلا يتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى[٧] لا يرجع عليه[٨]، كذا هذا[٩]. قال: وإذا كاتبت الأمة عن نفسها[١٠]، وعن ابنين لها صغيرين[١١]، فهو جائز، وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه، ويجبر المولى على القبول، ويعتقون؛ لأنها[١٢] جعلت نفسها أصيلا في الكتابة، وأولادها تبعًا على ما بينا في المسألة الأولى[١٣]، وهي أولى[١٤] بذلك[١٥] من الأجنبي.

إلى أداء بدل الكتابة، فالأولى أن يقال: الغائب بالأداء عامل لنفسه لرجوع منفعة إليه، وهو عتق رقبته، فلا يرجع بما نفعه يعود إليه على غيره، بخلاف معير الرهن. (ملا إله داد)

(١) أي يطالب.

(٢) أجاز الغائب أو لم يجز. (ك)

(٣) من أنه فيه تبع. (ف)

(٤) قوله: "فليس ذلك [قبول ورد] إلخ" يعني لا يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه، وكذلك رده لا يؤثر في رد عقد الكتابة عن الحاضر. (عيني)

(٥) وإن رده الغائب. (ك)

(٦) أي العبد الحاضر.

(٧) الكفيل.

(٨) أي على المكفول عنه.

(٩) أي حكم الغائب.

(١٠) قوله: "وإذا كاتبت الأمة [أي قبلت عقد الكتابة على نفسها وعلى ابنين صغيرين لها. ك] إلخ" إنما وضع المسألة في الأمة إشارة إلى أن الحكم في العبد والأمة سواء، فإنه لو وضعها في العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا يجوز ذلك في الأمة لعدم ولايتها فإن الأم الحرة لا ولاية لها فكيف بالأمة. (عناية)

(١١) قوله: "صغيرين [وكذا إذا كان الابن واحدًا]" إنما قيد بالصغير ليدل بذلك على أن لا أثر لقبول الغائب أورده. (كفاية)

(١٢) أمة.

(١٣) قوله: "في المسألة الأولى" وهي كتابة العبد عن نفسه، وعن العبد الغائب، وذلك لأن الأم إذا أدت فقد أدت دينًا على نفسها، وكل من الولدين إذا أدى فهو متبرع غير مضطر فيه، وفي ذلك لا رجوع، فإن قلت: إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر، لأنه لا أصالة بينهما، ولا تبعية. قلت: أن أحدهما إذا أدى كان أداءه كأداء الأم لأنه تابع لها من كل وجه، ولو أدت الأم عتقوا، فكذا إذا أدى أحدهما. (عيني)

(١٤) قوله: "وهي أولى إلخ" يعني أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الأجنبي فلأن يجوز في حق ولدها أولى، لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي، كذا في الشروح. (نتائج)

(١٥) أي بالجواز.

باب كتابة العبد المشترك

قال[١] : وإذا كان العبد بين رجلين[٢] أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه[٣] بألف درهم ويقبض بدل الكتابة، فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز[٤]، فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة. وقالا: هو مكاتب بينهما[٥]، وما أدى[٦] فهو بينهما، وأصله[٧] أن الكتابة تتجزأ عنده خلافًا لهما بمنزلة العتق لأنها تفيد الحرية من وجه[٨]، فتقتصر على نصيبه عنده للتجزئ[٩]. وفائدة الإذن[١٠] أن لا يكون[١١] له[١٢] حق الفسخ كما يكون له[١٣] إذا لم يأذن[١٤]، وإذنه له بقبض البدل[١٥] إذن للعبد بالأداء، فيكون متبرعًا بنصيبه عليه[١٦]، فلهذا[١٧] كان كل المقبوض له[١٨]، وعندهما

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) أى بين شريكين سواء كانا رجلين، أو رجلا وامرأة أو امرأتين.

(٣) أى نصيب المأذون.

(٤) العبد.

(٥) شريكين.

(٦) المكاتب من المال.

(٧) قوله: "وأصله" أى أصل قوله: فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة وعندهما هو بينهما نصفان. (كفاية)

(٨) لأنه يكون حرًا من حيث اليد.

(٩) أى لتجزئ الكتابة.

(١٠) قوله: "وفائدة الإذن إلخ" جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال: إذا كانت الكتابة تتجزأ فما الفائدة فى إذن أحدهما للآخر بالكتابة. (عينى)

(١١) قوله: "أن لا يكون إلخ" أى ليس الإذن لصاحبه لصحة كتابة نصيبه فإن أحدهما لو كاتب نصيبه بغير إذن شريكه صحت. (ن)

(١٢) أى للشريك الذى لم يكاتب.

(١٣) حق الفسخ.

(١٤) أى الشريك الذى لم يكاتب.

(١٥) أى بدل الكتابة.

(١٦) قوله: "فيكون [الشريك الآذن] متبرعًا بنصيبه [من الكسب] عليه [أى على المكاتب]" لأنه لما أذن أحدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبًا، وبقى نصيب الآذن عبدًا كما كان، فحين اكتسب كأن هذا كسب مملوك بعضه مكاتب، وبعضه عبد، فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب.
وما كان من كسب العبد فهو لمولاه، فمتى أذن الذى لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد أذن بعبده بقضاء دينه من الكسب الذى يكون له فيصير الآذن متبرعًا بنصيب نفسه من الكسب على العبد، ثم على الشريك، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع. (ك)

(١٧) قوله: "فلهذا" أى لأجل كون الشريك الآذن متبرعًا بنصيبه من الكسب. (عينى)

(١٨) أى للمكاتب.

الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزئ[١] فهو[٢] أصيل في النصف[٣] وكيل في النصف[٤] فهو[٥] بينهما والمقبوض مشترك بينهما، فيبقى كذلك بعد العجز[٦]. قال[٧]: وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها، فوطئها أحدهما، فجاءت بولد، فادعاه[٨] ثم وطئها الآخر، فجاءت بولد فادعاه[٩]، ثم عجزت فهي[١٠] أم ولد للأول[١١]؛ لأنه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته[١٢] لقيام الملك له فيها[١٣]، وصار نصيبه أم ولد له[١٤]، لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك، فيقتصر أمومية الولد[١٥] على نصيبه، كما في المدبرة المشتركة[١٦]. ولو ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً[١٧]، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول[١٨]، لأنه زال المانع من الانتقال،

---

(١) قوله: "لعدم التجزئ [أي للكتابة] إلخ" ولا يلزم كتابة أحدهما بدون إذن الشريك حيث يثبت الكتابة قصرا عليه، لأن الكتابة إنما تقتصر على أحد الشريكين إذا كانت غير لازمة، والكتابة هناك ليست بلازمة بدليل أن الساكت يملك فسخها، وههنا لازم فأشبهت التدبير. (كفاية)

(٢) أي الشريك المكاتب.

(٣) الذي له.

(٤) الذي لشريكه.

(٥) أي البدل، أي الكتابة

(٦) قوله: "فيبقى كذلك [أي مشتركًا] بعد العجز" لما لو كاتباه فعجز، وفي يده من الأكساب، وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخر. (عناية)

(٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٨) أي الواطئ.

(٩) أي الواطئ الآخر الولد.

(١٠) الجارية.

(١١) أي للواطئ الأول.

(١٢) ويثبت نسبه. (عناية)

(١٣) الجارية.

(١٤) قوله: "وصار نصيبه إلخ" بناء على أن الاستيلاد في المكاتبة يتجزأ عند أبي حنيفة، لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه، وذلك لا يمكن لأن إلخ. (عيني)

(١٥) أي كون الجارية أم ولد.

(١٦) قوله: "كما في المدبرة المشتركة" صورتها أمة بين رجلين، دبراها ثم وطئها أحدهما، فجاءت بولد فادعاه يثبت نسب الولد منه، ويقتصر أمومية الولد على نصيبه. (ك)

(١٧) قوله: "ظاهراً" قيد بقوله: ظاهراً لأن الظاهر أن تمضي على كتابتها، فكان ملكه باقيًا فيها، وأما بالنظر إلى التعجيز لم يبق ملكه فيها. (عيني)

(١٨) قوله: "أم ولد للأول" لأن المقتضي للتكميل قائم، والمانع من التكميل الكتابة، وقد زالت فيعمل المقتضي عمله من وقت وجوده. (تبين)

ووطئه سابق[١]. ويضمن[٢] لشريكه نصف قيمتها[٣]؛ لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد، ونصف عقرها[٤] لوطئه جارية مشتركة، ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد[٥]، ويكون[٦] ابنه؛ لأنه بمنزلة المغرور[٧]، لأنه حين وطئها كان ملكه قائمًا ظاهرًا[٨]، وولد المغرور ثابت النسب منه[٩] حر بالقيمة[١٠] على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر، وأيهما دفع العقر[١١] إلى المكاتبة جاز.

لأن الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها، وأبدالها وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى[١٢] لظهور اختصاصه[١٣]، وهذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد[١٤]: هى أم ولد للأول، ولا يجوز وطئ الآخر[١٥]؛ لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له، لأن أمومية الولد يجب تكميلها[١٦] بالإجماع ما أمكن، وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها[١٧] قابلة للفسخ، فتفسخ فيما لا

---

(١) قوله: "وطئه سابق" فتصير أم ولد له من ذلك الوقت، لأن السبب هو الوطئ. (عينى)

(٢) الواطئ الأول.

(٣) الجارية.

(٤) أى الجاريه، تقدم بيان العقر، فارجع.

(٥) قوله: "ويضمن شريكه [الواطئ الثانى] إلخ" فيكون النصف بالنصف قصاصًا، ويبقى للأول على الثانى نصف العقر، وقيمة الولد. (عناية)

(٦) الولد.

(٧) قوله: "لأنه بمنزلة المغرور" لأن الشريك وطئها على حسبان أن يضعها على حكم ملكه، وظهر بالعجز بطلان الكتابة، فتبين أنه لا ملك له، فصار مغرورًا. (ك)

(٨) قوله: "ظاهرًا" إنما قال: ظاهرًا لأنه إذا عجزت تكون أم ولد للأول، فيكون الملك ظاهرًا. (حميدية)

(٩) المغرور.

(١٠) قوله: "حر بالقيمة" فإن قيل: ينبغى أن لا يضمن الثانى قيمة الولد للأول عند أبى حنيفة لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه، ولا قيمة لأم الولد عنده، فكذا لابنها، قيل: عن أبى حنيفة فى تقوم أم الولد روايتان، فيكون الولد متقومًا على أحدهما فكان حرًا بالقيمة. (ع)

(١١) قبل العجز. (ع)

(١٢) فإنها ترد إلى المولى.

(١٣) المولى.

(١٤) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" حاصل الاختلاف راجع إلى أن الاستيلاد فى المكاتبة يتجزأ عند أبى حنيفة، وعندهما لا يتجزأ، وأجمعوا على أنه لا يتجزأ فى القنة، ويتجزأ فى المدبرة. (ك)

(١٥) قوله: "ولا يجوز إلخ" أى لا يكون هذا الوطئ وطئًا يثبت النسب وإلا فعدم جواز الوطئ بالاتفاق. (ك)

(١٦) قوله: "يجب تكميلها [ولهذا يكمل فى القنة. ك]" لأن الاستيلاد طلب الولد، وأنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ. (عينى)

يتضرر به المكاتبة[١]، وتبقى الكتابة فيما وراءه[٢]، بخلاف التدبير[٣]، لأنه لا يقبل الفسخ[٤]، وبخلاف بيع المكاتب[٥]، لأن في تجويزه إبطال الكتابة[٦]؛ إذ المشترى لا يرضى ببقاءه مكاتبًا.

وإذا صارت[٧] كلها أم ولد له[٨] فالثانى واطئ أم ولد الغير، فلا يثبت نسب الولد منه، ولا[٩] يكون حرًا عليه بالقيمة غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة[١٠]، ويلزمه جميع العقر، لأن الوطئ لا يعرى عن إحدى الغرامتين[١١]، وإذا بقيت الكتابة[١٢]، وصارت كلها مكاتبة له[١٣] قيل[١٤]: يجب[١٥] عليها نصف بدل الكتابة[١٦]، لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة، ولا تتضرر بسقوط نصف البدل[١٧]. وقيل[١٨]: يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك[١٩]

---

(١٧) الكتابة.

(١) قوله: "فتفسخ فيما لا يتضرر به إلخ" وهو أمومية الولد لأنه لا ضرر لها في كونها أم ولد بل لها نفع فيه حيث لم تبق محلا للاستبدال بالبيع والهبة، وتعتق مجانًا بعد موت المولى. (نهاية)

(٢) قوله: "فيما وراءه" أي فيما وراء ما لا يتضرر، وهو كونها أخص أكسابها، وأكساب ولدها. (عناية)

(٣) قوله: "بخلاف التدبير إلخ" جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة، ووجهه أنا قد قلنا: إن أمومية الولد تستكمل ما أمكن، ولا إمكان ههنا، لأن التدبير غير قابل للفسخ، فإذا استولد الشريك الثانى بعد استيلاد الأول المدبرة المشتركة صح استيلاده. (ع)

(٤) والكتابة قابلة للفسخ.

(٥) قوله: "وبخلاف بيع إلخ" جواب عما يقال: هلا يفسخ الكتابة في ضمن صحة البيع فيما إذا بيع المكاتب كما فسخوها في ضمن صحة الاستيلاد، ووجهه أن في تجويز البيع إبطال الكتابة، إذ المشترى لا يرضى ببقاءه مكاتبًا، ولو أبطلناها تضرر به المكاتب، وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح. (عناية)

(٦) قوله: "لأن في تجويزه إلخ" أي لا يفسخ الكتابة بضرورة تجويز البيع، لأن المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضاءه في البيع، وقد قلنا: إنه يفسخ فيما لا يتضرر المكاتب. (ك)

(٧) هذا متصل بقوله: صار كلها أم ولد له.

(٨) أي للأول.

(٩) الولد.

(١٠) وهي شبهة أنها مكاتبة بينهما بالدليل الذى ذكره أبو حنيفة. (ك)

(١١) أي الحد والعقر. (كفاية)

(١٢) قوله: "وإذا بقيت إلخ" متصل بقوله: وتبقى الكتابة فيما وراءه إلخ. (مل)

(١٣) أي للأول. (ك)

(١٤) القائل أبو منصور الماتريدى.

(١٥) جزاء إذا. (عناية)

(١٦) وهو نصيب الشريك. (عناية)

ضرورة[١]، فلا يظهر[٢] فى حق سقوط نصف البدل، وفى إبقاءه فى حقه[٣] نظر[٤] للمولى[٥] وإن كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه[٦]، والمكاتبة هى التى تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها، ولو عجزت وردت فى الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه[٧] على ما بينا[٨].

قال[٩]: ويضمن الأول[١٠] لشريكه فى قياس قول أبى يوسف نصف قيمتها مكاتبة[١١]، لأنه تملك نصيب شريكه و هى[١٢] مكاتبة، فيضمنه[١٣] موسراً كان أو معسراً، لأنه ضمان التملك[١٤].

وفى قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها، ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة؛ لأن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز، وفى نصف البدل على

---

(١٧) لأن الكتابة انفسخت فى نصيب الثانى.

(١٨) القائل عامة المشايخ.

(١٩) أى تملك الأول نصيب الثانى.

(١) أى لضرورة تكميل الاستيلاد.

(٢) الفسخ. لأن الثابت بالضرورة لا يتعدى.

(٣) قوله: "وفى إبقاءه [عقد الكتابة] إلخ" يجوز أن يكون جوابًا عما يقال: الكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة، وهى لا تتضرر بسقوط نصف البدل، فيجب أن تنفسخ. (عناية)

(٤) وهو حصول بدل الكتابة. (كفاية)

(٥) المستولد الأول. (ك)

(٦) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان لا يتضرر إلخ" يعنى ضرر المكاتب مانع من الفسخ، وهذا المانع منتف، وانتفاء المانع لا يوجب انتفاء الموانع ووجود الشرائط والمقتضى، فلا يصلح علة لجواز الفسخ مع أن المانع من جانب المولى متحقق، وهو فوت النظر فى حقه. (أعظمى)

(٧) المولى.

(٨) أى فى بيان قول أبى حنيفة.

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) قوله: "ويضمن الأول لشريكه فى قياس إلخ" مراد المصنف فى لفظ "الجامع الصغير" ههنا أن قول أبى يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاد على قياس قوله فى مسألة الإعتاق. (نتائج)

(١١) قوله: "فى قياس قول أبى يوسف" وهو قول أبى يوسف فى مكاتب بين الشريكين أعتقه أحدهما فإنه يجب عليه عند أبى يوسف نصف قيمته مكاتبًا، فقياس قوله فيما نحن فيه: أن يضمن نصف قيمتها مكاتبة أيضًا، وقيمة المكاتب نصف قيمته قنًا. (كفاية)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) النصف.

(١٤) قوله: "لأنه ضمان التملك [وهو لا يختلف باليسار والإعسار. عناية]" لظهور آثار الملك فيه من حل الوطئ والاستخدام ونحوها. (كفاية)

اعتبار الأداء، فللتردد بينهما[١] يجب أقلهما[٢].

قال: وإن كان الثانى لم يطأها ولكن دبرها[٣] ثم عجزت بطل التدبير؛ لأنه[٤] لم يصادف الملك، أما عندهما فظاهر، لأن المستولد تملكها[٥] قبل العجز[٦]، وأما عند أبي حنيفة فلأن بالعجز تبين أنه[٧] تملك نصيبه[٨] من وقت الوطىء، فتبين أنه[٩] مصادف ملك غيره، والتدبير يعتمد الملك[١٠]، بخلاف النسب[١١] لأنه يعتمد الغرور[١٢] على ما مر[١٣].

قال: وهي[١٤] أم ولد للأول؛ لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا[١٥]، ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة، ونصف قيمتها، لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة، والولد ولد للأول، لأنه صحت دعوته لقيام المصحح[١٦]، وهذا قولهم[١٧] جميعًا ووجه ما بينا[١٨].

---

(١) الاعتبارين.

(٢) لأن الأقل متيقن. (عناية)

(٣) بعد ما استولدها الأول.

(٤) التدبير.

(٥) ضرورة تكميل الاستيلاد.

(٦) فانفسخت الكتابة قبل التدبير، فلا يصح تدبيره.

(٧) المستولد.

(٨) الثاني.

(٩) التدبير.

(١٠) فلا يصح بدونه. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف النسب [من الثانى إن وجد الوطئ منه. عناية] إلخ" يعنى إنما يشكل على قول الإمام أبي حنيفة حيث يجوز استيلاد الثانى لا التدبير منه، والفرق أن الثابت قبل العجز هو الملك بطريق الظاهر، وذلك يكفى لثبوت النسب دون التدبير، ألا ترى أنه لو اشترى أمة، واستولد ثم استحقت لم يبطل النسب، وكان حراً بقيمته، ولو دبرها فاستحقت يبطل التدبير فبهذا افترقا. (مل)

(١٢) لا الملك.

(١٣) أشار به إلى قوله: ويكون ابنه لأنه بمنزلة المغرور.

(١٤) قوله: "وهى" أى الجارية التى دبرها الثانى بعد استيلاد الأول، ثم عجزت. (مل)

(١٥) قوله: "على ما بينا" فى تعليل أبى حنيفة، إشارة إلى ما ذكره فى قول أبى حنيفة، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم يكن، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول، لأنه زال المانع من الانتقال. (كفاية)

(١٦) قوله: "لقيام المصحح" وهو الملك فى المكاتبة لأن استيلاده كان عند قيام الكتابة، ويصح استيلاد المكاتبة بالإجماع. (كفاية)

(١٧) قوله: "وهذا قولهم" لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة، وههنا ما بقيت، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف

قال: وإن كانا كاتباها[١] ثم أعتقها أحدهما وهو[٢] موسر، ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يرجع عليها؛ لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة، والجواب فيه[٣] على الخلاف في الرجوع[٤]، وفي الخيارات[٥] وغيرها[٦] كما هو مسألة تجزئ الإعتاق[٧]، وقد قررناه[٨] في الإعتاق.

فأما[٩] قبل العجز ليس له[١٠] أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة، لأن الإعتاق[١١] لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب، فلا يتغير به[١٢] نصيب صاحبه، لأنها مكاتبة قبل ذلك، وعندهما لما كان[١٣] لا يتجزأ يعتق الكل فله[١٤] أن يضمنه[١٥] قيمة نصيبه مكاتبًا إن كان[١٦] موسرًا، ويستسعى العبد إن كان

شريكه، ولم يبق ملك للمدبر فيها، فلا يصح تدبيره. (عناية)

(١٨) قوله: "ما بينا" إشارة إلى قوله: أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي حنيفة فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطئ. (ك)

(١) الجارية.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "فيه" أي في إعتاق أحد الشريكين القن المشترك. (ك)

(٤) قوله: "في الرجوع" فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد، وعندهما لا يرجع. (عناية)

(٥) قوله: "وفي الخيارات" عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه، وعندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار. (عناية)

(٦) قوله: "وغيرها" وهو الولاء، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما، وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق، وعندهما الولاء للمعتق في الوجهين جميعًا. (ك)

(٧) قوله: "كما هو مسألة إلخ" يعني كان مسألة تجزئ الإعتاق على الخلاف، فكذلك الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف أيضًا، فكان فيه إشارة إلى أن الخلاف في هذه الأشياء الثلاثة بناء على مسألة تجزئ الإعتاق وعدمه. (ك)

(٨) قوله: "وقد قررناه" قال في باب العبد يعتق بعضه: إذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر، ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة. وقالا: يعتق كله، وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده، فيقتصر على ما أعتق، وعندهما لا يتجزأ، وهو قول الشافعي، فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل.

(٩) أي هذا بعد العجز، وأما قبل العجز إلخ.

(١٠) أي للساكت.

(١١) قوله: "لأن الإعتاق إلخ" تقريره أن معتق البعض عنده كالمكاتب، وههنا نصيب صاحبه مكاتب بالكتابة السابقة، فلا يصير مكاتبًا بالإعتاق، وإنما يؤثر في نصيب صاحبه بجعله مكاتبًا بعد العجز، فلهذا يقتصر ولاية التضمين على ما بعد العجز. (عيني)

(١٢) أي بالإعتاق.

(١٣) الإعتاق.

معسراً، لأنه ضمان إعتاق، فيختلف[1] باليسار والإعسار[2].

قال[3]: وإن كان[4] العبد بين رجلين دبره أحدهما، ثم أعتقه الآخر وهو موسر، فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء أعتق، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى العبد أو يعتق. وهذا عند أبي حنيفة، ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده[5]، فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر[6] فيثبت له[7] خِيَرَة الإعتاق والتضمين والاستسعاء، كما هو مذهبه[8]، فإذا أعتق[9] لم يبقَ له خيار التضمين والاستسعاء[10]، وإعتاقه[11] يقتصر على نصيبه، لأنه يتجزأ عنده[12]، ولكن يفسد به[13] نصيب شريكه[14]، فله[15] أن يضمنه[16] قيمة نصيبه، وله[17] خيار

---

(١٤) أي للساكت.

(١٥) أي المعتق.

(١٦) المعتق.

(١) قوله: "فيختلف [الضمان] إلخ" والقياس أن لا يختلف باليسار والإعسار، لأنه ضمان إتلاف، إلا أنا استحسنا وقلنا: إن المعتق باشر السبب، أي لما أعتق المعتق نصيبه صار إعتاق نصيبه سبباً لاتلاف نصيب صاحبه دون العلة، فيكون هذا ضمان السبب، وهو مبنى على صفة التعدى، فيما إذا كان المعتق موسراً لا بد من الضمان، لأنه يتمكن من إحراز الثواب بواسطة إعتاق عبد آخر، فإذا أعتق العبد المشترك يكون متعدياً وفيما إذا كان معسراً ليس له لإحراز ثواب العتق طريق آخر سوى هذا، فلم يكن متعدياً. (ك)

(٢) أي يسار المعتق وإعساره.

(٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٤) قوله: "وإن كان" قلت: ذكر هذه المسألة يلايم باب التدبير، أو كتاب الإعتاق، فأما ذكره في كتاب المكاتب في باب العبد المشترك فلا يلايم أصلا، وغاية ما يمكن أن يقال: إن الكتابة والتدبير من باب واحد، لأن كلا منهما من شعب الإعتاق، فلا بأس أن يذكر أحدهما مكان الآخر. (ملا إله داد رحمه الله)

(٥) الإمام.

(٦) لسد باب النقل على الآخر. (عناية)

(٧) أي للآخر.

(٨) الإمام.

(٩) الآخر.

(١٠) قوله: "لم يبقَ له [أي للآخر] خيار إلخ" لأن أثر التضمين أن يملك الضامن نصيب المضمن والمعتق لايملك. (مل)

(١١) أي الآخر.

(١٢) الإمام.

(١٣) قوله: "ولكن يفسد [لسد باب الاستخدام عليه. ع] به [أي بالإعتاق] إلخ" أي بإعتاق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر، لأنه كان قبل إعتاقه يملك الاستخدام والاستغلال، وكان لا يجبر على الإخراج إلى المعتق، فبعد إعتاق المعتق يكون المدبر مجبوراً على الإخراج إلى المعتق، ويكون بمنزلة المكاتب، ويكون مختصاً بأكسابه. (ك)

العتق والاستسعاء أيضًا كما هو مذهبه[١]، ويضمنه[٢] قيمة نصيبه مدبرًا لأن الإعتاق صادف المدبر[٣]. ثم قيل: قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين، وقيل: يجب ثلثا قيمته وهو[٤] قن لأن المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه[٥]، والاستخدام وأمثاله[٦]، والإعتاق وتوابعه[٧]، والفائت[٨] البيع، فيسقط الثلث، وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان[٩]، لأنه[١٠] لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرًا فأبق[١١]، وإن أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلث[١٢] عنده[١٣]، فإذا دبره[١٤] لم يبق[١٥] له خيار التضمين[١٦]، وبقي خيار الإعتاق والاستسعاء، لأن المدبر يعتق ويستسعى.

---

(١٤) الذى دبر.

(١٥) أى للذى دبر.

(١٦) المعتق.

(١٧) أى للمدبر.

(١) الإمام.

(٢) أى المدبر المعتق.

(٣) فيعتبر قيمته مدبرًا.

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "وأشباهه" فى كونه خارجًا عن الملك كالهبة والصدقة والإرث والوصية. (ع)

(٦) قوله: "وأمثاله" فى كونه انتفاعًا بالمنافع كالإجارة والإعارة والوطئ. (عناية)

(٧) قوله: "وتوابعه" وهى الكتابة والاستيلاد والتدبير والإعتاق على مال. (ك)

(٨) فى المدبر.

(٩) قوله: "وإذا ضمنه [أى المدبر المعتق] لا يتملكه [أى لا يتملك المعتق نصيب المدبر] بالضمان [أى بأداء ضمان نصيب المدبر]" لأن هذا ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك، فإنه بالإعتاق أزال به الاستخدام وغيره للمولى، فصار بمنزلة الغاصب. (كفاية)

(١٠) المدبر.

(١١) قوله: "كما إذا غصب مدبرًا فأبق" أى حتى ضمن الغاصب القيمة لا يملك الغاصب، فإذا وجده الغاصب فله أن يستسعيه. (ك)

(١٢) أى خيار الإعتاق والتضمين والاستسعاء.

(١٣) الإمام.

(١٤) بعد إعتاق إحدهما.

(١٥) قوله: "لم يبق له إلخ" لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئًا للمعتق عن الضمان لمعنى، وهو أن نصيبه كان قنًا عند إعتاق المعتق، فكان تضمينه إياه متعلقًا بشرط تمليك العين بالضمان، وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الأول، فهناك نصيبه كان مدبرًا عند ذلك، فلا يكون التضمين مشروطًا بتمليك العين منه. (عناية)

(١٦) لأن أثر التضمين أن يملك الضامن والمدبر لا يملك.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل، لأنه[1] لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير، ويضمن نصف قيمته موسرًا كان أو معسرًا، لأنه ضمان تملك، فلا يختلف باليسار والإعسار، ويضمن نصف قيمته قنا، لأنه صادفه[2] التدبير وهو[3] قن وإن أعتقه[4] أحدهما فتدبير الآخر باطل، لأن الإعتاق لا يتجزأ، فيعتق كله، فلم يصادف التدبير الملك، وهو[5] يعتمده[6]، ويضمن[7] نصف قيمته إن كان موسرًا، ويسعى العبد في ذلك[8] إن كان[9] معسرًا، لأن هذا ضمان الإعتاق، فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما[10].

باب[11] موت المكاتب و عجزه[12] وموت المولى

قال[13]: وإذا عجز المكاتب عن نجم[14] نظر الحاكم في حاله، فإن كان له دين يقبضه أو مال[15] يقدم[16] عليه لم يعجل[17] بتعجيزه، وانتظر[18] عليه اليومين، أو الثلاثة؛ نظرًا للجانبين[19] والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء[20] الأعذار كإمهال

---

(١) التدبير.

(٢) العبد.

(٣) الواو حالية.

(٤) أولا.

(٥) التدبير.

(٦) الملك.

(٧) المعتق.

(٨) نصف.

(٩) المعتق.

(١٠) الصاحبين.

(١١) قوله: "باب موت إلخ" تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب، لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة، فكذا بيان أحكامها. (نت)

(١٢) عن أداء بدل الكتابة.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "عن نجم [أي قسط]" النجم هو الطالع ثم سمي به لوقت المضروب، ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة. (غاية)

(١٥) غائب.

(١٦) أي يأتي بوجه.

(١٧) الحاكم.

(١٨) انتظار: درنگ كردن، چشم داشتن. (من)

الخصم للدفع[١]، والمديون للقضاء[٢]، فلا يزاد عليه، فإن لم يكن له وجه[٣] وطلب المولى تعجيزه عجزه[٤]، وفسخ الكتابة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف[٥]: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان؛ لقوله علي[٦]: "إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق"، علقه[٧] بهذا الشرط[٨]، ولأنه[٩] عقد إرفاق[١٠]، حتى كان أحسنه[١١] مؤجله، وحالة الوجوب[١٢] بعد حلول نجم، فلا بد من إمهال مدة استيساراً[١٣]، وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان[١٤]. ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق، وهو العجز، لأن من عجز[١٥] عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين،

---

(١٩) أي جانب المولى وجانب المكاتب.

(٢٠) ظاهر كردن.

(١) قوله: "كإمهال الخصم للدفع [أي لأجل دفعه دعوى المدعي]" فإن المدعى عليه إذا توجه عليه الحكم فادعى الدفع وقال: لي بينة حاضرة على الدفع فإنه يؤخر يوماً أو يومين أو ثلاثة. (عناية)

(٢) قوله: "والمديون إلخ" فإنه إذا أقر بدين وسأل أن يمهله ثلاثة أيام ليحضر المال أو ليبيع عيناً في يده أجابه إلى ذلك، ولم يكن بذلك ممتنعاً عن أداءه، ولم يحبسه به. (ك)

(٣) لتحصيل المال.

(٤) الحاكم.

(٥) قوله: "وقال أبو يوسف" قلت: ذكر في الأمالي أنه إذا كانت النجوم متفاوتة، فإنه يعجز في نجم واحد، وأما إذا كانت مستوية فإنه لا يعجز متى يتوالى عليه نجمان. (ملا إله داد)

(٦) رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" في البيوع. (ت)

(٧) قوله: "علقه" أي علقه علي بهذا الشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله، وهذا لا يعرف قياساً، فكان كالمروى عنه عليه السلام. (عيني)

(٨) قوله: "بهذا الشرط" ولقائل أن يقول: هذا استدلال بمفهوم الشرط، وهو ليس بناهض، لأنه يفيد الوجود عند الوجود فقط، والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام أنه معلق بشرطين، والمعلق بشرطين لا يزيل عند أحدهما، كما لو قال: إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق. (م)

(٩) عقد كتابة.

(١٠) فإن مبناه على المسامحة. (م)

(١١) قوله: "حتى كان أحسنه" أي أحسن عقد الكتابة مؤجله، والمراد أن التأجيل والتنجيم أحسن من الكتابة الحالة، وإن كانت الحالة جائزة عندنا. (عيني)

(١٢) أي وجوب الأداء.

(١٣) تمكيناً للعبد من الأداء.

(١٤) قوله: "ما توافق [هو النجم الثاني] إلخ" فإذا مضى النجم الثاني تحقق العجز فيوجب الفسخ. (عيني)

(١٥) قوله: "لأن من عجز" أقول: فيه شيء، وهو أن دليله هذا لا يتمشى في صورة أدى سائر النجوم، وبقي نجم واحد، فعجز، كذا في "نتائج الأفكار"، وأقول: الاستدلال الشامل من قوله: وهذا وقوله: إن سبب الفسخ إلخ وقع في مقابلة استدلال أبي يوسف، والصورة المذكورة لا وجود لتوالي النجمين فيها، فافهم. (أبو الحسنات عفا الله عنه)

وهذا[١] لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم، وقد فات[٢] فيفسخ[٣] إذا لم يكن[٤] راضياً به[٥] دونه، بخلاف اليومين والثلاثة[٦]، لأنه لا بد منها لإمكان الأداء، فلم يكن تأخيراً، والآثار[٧] متعارضة، فإن المروى عن ابن عمر[٨]، أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها، فسقط الاحتجاج بها[٩].

قال[١٠]: فإن أخل بنجم[١١] عند غير السلطان[١٢]، فعجز فرده مولاه برضاه[١٣] فهو جائز؛ لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر، فبالعذر أولى[١٤]، ولو لم يرضَ به العبد لا بد من القضاء بالفسخ[١٥]؛ لأنه[١٦] عقد لازم تام[١٧]، فلا بد من القضاء، أو الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض[١٨].

---

(١) أى كون العجز سبب للفسخ. (ع)

(٢) المقصود.

(٣) قوله: "فيفسخ" أى المولى أو القاضى على اختلاف الروايتين، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرضَ بالفسخ، فهل يستبد المولى به أو يحتاج إلى قضاء القاضى فيه روايتان. (عناية)

(٤) المولى.

(٥) أى بيقاء الكتابة بدون ذلك لنجم الذى شرط.

(٦) قوله: "بخلاف اليومين إلخ" جواب عما يقال: إذا كان مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم كان ينبغى أن يتمكن عن الفسخ من غير إمهال. (عينى)

(٧) جواب عما استدل به أبو يوسف بأثر على.

(٨) قوله: "فإن المروى عن ابن عمر إلخ" قلت: غريب، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" حدثنا وكيع وابن أبى زائدة عن أبان بن عبد الله البجلى عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلامًا له على ألف دينار، فأداها إلا مائة، فرده فى الرق، انتهى. (ت)

(٩) قوله: "فسقط الاحتجاج بها" أى بالآثار المتعارضة، لأن الحديثين إذا تعارضا وجهل تأريخهما تساقطا فيصار إلى ما بعدهما من الحجة، فبقى ما قالا من الدليل: من أن سبب الفسخ قد تحقق إلى آخره سالمًا عن المعارض، فيثبت الفسخ به. (ك)

(١٠) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١١) قوله: "فإن أخلّ إلخ" المراد بالإخلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة فى الوقت الذى اتفقا على تعينه فى أداءها. (ع)

(١٢) أى غير القاضى. (ك)

(١٣) المكاتب.

(١٤) بأن يفسخ.

(١٥) وفى بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه. (ك)

(١٦) عقد الكتابة.

(١٧) من جانب المولى لأنه لا يقدر على الإبطال بانفراده. (ع) أى ليس فيه خيار الشرط. (ع)

(١٨) قوله: "كالرد إلخ" يعنى إذا وجد المشترى بالمبيع عيباً بعد القبض فإنه لا ينفرد بالفسخ، كذا هذا. (عينى)

قال[١]: وإذا عجز المكاتب[٢] عاد إلى أحكام الرق؛ لانفساخ الكتابة، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه؛ لأنه ظهر أنه كسب عبده[٣]، وهذا[٤] لأنه كان موقوفًا عليه[٥]، أو على مولاه، وقد زال التوقف[٦].

قال[٧]: فإن مات المكاتب وله مال لم ينفسخ الكتابة، وقضي ما عليه من ماله، وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، وما بقي[٨]، فهو ميراث لورثته، ويعتق أولاده[٩]، وهذا قول علي، وابن مسعود[١٠]، وبه أخذ علماءنا، وقال الشافعي: تبطل الكتابة، ويموت عبدًا وما ترك لمولاه، وإمامه[١١] في ذلك[١٢] زيد بن ثابت[١٣]. ولأن المقصود من الكتابة عتقه[١٤]، وقد تعذر[١٥] إثباته[١٦]، فتبطل[١٧]، وهذا[١٨] لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصورًا، أو يثبت قبله، أو بعده مستندًا[١٩] لا وجه إلى الأول؛ لعدم المحلية[٢٠]، ولا إلى الثاني؛ لفقد الشرط[٢١]، وهو الأداء، ولا

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي ثبت عجزه بحكم الحاكم أو برضاه.

(٣) وكسب العبد لمولاه.

(٤) أي الظهور.

(٥) قوله: "كان موقوفًا عليه [لأنه إن أدى بدل الكتابة فكسبه للمكاتب، وإن عجز فللمولى. ك]" أي محبوسًا عليه ليصير له في العاقبة كالمال الموقوف يصير ملكًا للموقوف عليه بأداء المتولي إليه، أو كان محبوسًا على مولاه ليصير له في العاقبة، فالأول عند أداء النجم، والثاني عند العجز، وإن جعل على بمعنى اللام فالمقصود أيضًا ما ذكرنا. (أعظمي)

(٦) بالعجز.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) أي ما فضل.

(٩) المولودون، أو المشترون في حال الكتابة. (ع)

(١٠) رواه البيهقي، كذا قال الزيلعي.

(١١) قوله: "وإمامه" قلت: أثر الصحابي ليس بحجة عنده، قلت: فيه عن الشافعي روايتان. (ملا إله داد)

(١٢) يقول: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث. (ت)

(١٣) رواه البيهقي.

(١٤) قوله: "ولأن المقصود إلخ" عطف على معنى قوله: وإمامه في ذلك زيد بن ثابت، كأنه قال: لأثر زيد بن ثابت، ولأن المقصود بالكتابة، إلخ. (نتائج)

(١٥) لموته.

(١٦) العتق.

(١٧) الكتابة.

(١٨) أي تعذر العتق.

(١٩) إلى حال حياته. (ك)

إلى الثالث[١]؛ لتعذر الثبوت في الحال، والشيء يثبت[٢]، ثم يستند. ولنا: أنه عقد معاوضة[٣]، ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين، وهو المولى، فكذا[٤] بموت الآخر[٥]، والجامع بينهما[٦] الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق، بل أولى[٧]، لأن حقه[٨] آكد من حق المولى، حتى لزم العقد في جانبه[٩]، والموت أنفى[١٠] للمالكية منه[١١] للمملوكية، فينزل[١٢] حيًا[١٣] تقديرًا، أو يستند الحرية باستناد سبب[١٤] الأداء

---

(٢٠) قوله: "لعدم المحلية" وذلك لأن الميت ليس بمحل للعتق ابتداء، لما في العتق من إحداث قوة المالكية، وذلك لا يتصور في الميت. (ك)

(٢١) قوله: "لفقد الشرط" أي لأنه مشروط بالأداء، والفرض عدمه، فيلزم وجود المشروط بدون الشرط. (ع)

(١) قوله: "ولا إلى الثالث إلخ" ولا يجوز أن يستند إلى حال حياته، لأن في إسناده إلى حال حياته إثبات العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الأداء. (ك)

(٢) في الحال.

(٣) قوله: "عقد [قيد به احترازًا عن النكاح والوكالة وغيرهما. ن] معاوضة" وذلك لأنه ثبت للمكاتب مالكية اليد، وللمولى المطالبة ببدل الكتابة، وقضية المعاوضة المساواة، ولا تنفسخ الكتابة بموت المولى، فكذا بموت المكاتب. (ك)

(٤) أي لا يبطل.

(٥) وهو العبد.

(٦) أي بين المولى والعبد.

(٧) قوله: "بل أولى [أن لا يبطل بموت العبد]" لأن الذي استحقه المولى قبل العبد ليس بلازم حتى إذا عجز العبد نفسه عن أداء البدل يبطل، والذي استحقه المكاتب قبل المولى لازم، حتى لو أراد أن يبطله ليس له ذلك. (مل)

(٨) أي حق العبد.

(٩) قوله: "في جانبه [أي العبد من أجله]" أي جانب المولى حتى لا يتمكن من فسخه أما في جانب العبد فغير لازم لتمكنه من الفسخ كذا في الشرح، وذكر في الشاهان لأن الكتابة لازمة في حق المكاتب دون المولى، فجعل الضمير في جانبه راجعًا إلى العبد، ووجهه أن المراد بلزوم العقد من جانب العبد، هو عدم تمكين الغير من فسخه، والعبد يتمكن منه. (ملا إله داد)

(١٠) قوله: "والموت أنفى إلخ" لأن المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية، والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية، ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا، ولا يوصف بكونه مالكا، والموت أنفى للقادرية والقاهرية منه للمقدورية والمقهورية، فإذا جاز إبقاء العقد مع أقوى المنافيين، أي موت المولى لأدنى الحقين، أي حق المولى فلأن يبقى العقد مع أدنى المنافيين، أي موت العبد لأعلى الحقين، أي حق العبد أولى وأحري. (ك)

(١١) أي من نفي الموت.

(١٢) قوله: "فينزل [أي العبد] إلخ" هذا إشارة إلى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب إلى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا، أحدهما: أن يعتق بعد الموت بأن ينزل حيًا تقديرًا كما أنزلنا الميت حيًا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق، وفي حق التجهيز والتكفين، وينفذ الوصية في الثلث، وكما قدرنا المولى حيًا ومالكًا، ومعتقًا في فصل موت المولى.
وثانيهما: أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت، ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه. (نتائج الأفكار)

(١٣) أي قدرنا الميت حيًا.

إلى ما قبل الموت، ويكون أداء خلفه كأداءه[١]، وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات[٢].

قال[٣]: وإن لم يترك وفاء، وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه[٤]، فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد؛ لأن الولد داخل في كتابته، وكسبه ككسبه، فيخلفه في الأداء، وصار كما إذا ترك وفاء، وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له: إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة، أو ترد رقيقاً عند أبي حنيفة، وأما عندهما يؤديه إلى أجله[٥] اعتباراً بالولد المولود في الكتابة.

والجامع أنه[٦] مكاتب عليه تبعًا له، ولهذا يملك المولى[٧] إعتاقه[٨]، بخلاف سائر أكسابه[٩].

---

(١٤) أي سبب هو الأداء. (ك)

(١) قوله: "ويكون إلخ" فإن قيل: يلزم تقدم المشروط على الشرط، أجاب عنه المصنف بقوله: ويكون أداء خلفه كأداءه، فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء بل يقدر الأداء قبل العتق. (٤)

(٢) قوله: "في الخلافيات" علم الخلاف علم يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية، ودفع الشبه، وقوادح الأدلة الخلافية بإيراد البراهين القطعية، وهو الجدل الذي هو قسم من المنطق إلا أنه خص بالمقاصد الدينية، وقد يعرف بأنه علم يقتدر به على حفظ، أي وضع، وهدم، أي وضع كان بقدر الإمكان، ولهذا قيل: الجدلي إما منجيب يحفظ وضعًا، أو سائل يهدم وضعًا. وذكر ابن خلدون في مقدمته أن الفقه المستنبط من الأدلة الشرعية كثر فيه الخلاف بين المجتهدين باختلاف مداركهم وأنظارهم، خلافًا لا بد من وقوعه، واتسع في الملة اتساعا عظيما، وكان للمقلدين أن يقلدوا من شاءوا. ثم لما انتهى ذلك إلى الأئمة الأربعة، وكانوا بمكان من حسن الظن اقتصر الناس على تقليدهم، فأقيمت هذه الأربعة أصولا للملة، وأجرى الخلاف بين المتمسكين بها مجرى الخلاف في النصوص الشرعية، وجرت بينهم المناظرات في تصحيح كل منهم مذهب إمامه يجري على أصول صحيحة، ويحتج بها كل على صحة مذهبه، فتارة يكون الخلاف بين الشافعي ومالك، وأبو حنيفة يوافق أحدهما، وتارة بين غيرهم كذلك، وكان في هذه المناظرات بيان مآخذ هؤلاء، فيسمى بالخلافيات. ولا بد لصاحبه من معرفة القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام كما يحتاج إليه المجتهد، إلا أن المجتهد يحتاج إليها للاستنباط، وصاحب الخلاف يحتاج إليها لحفظ تلك المسائل من أن يهدمها المخالف بأدلته، هو علم جليل الفائدة، وكتب الحنفية والشافعية أكثر من تآليف المالكية، لأن أكثرهم أهل المغرب، وهو بادية.

وللغزالي فيه كتاب المآخذ، ولأبي بكر بن العربي من المالكية كتاب التلخيص، ولأبي زيد الدبوسي كتاب التعليقة، ولابن القصار من المالكية عيون الأدلة، انتهى، ومن الكتب المؤلفة أيضًا المنظومة النسفية، وخلافيات الإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ثمان وخمسين وأربعمائة، جمع فيه المسائل الخلافية بين الشافعي وأبي حنيفة. (كشف الظنون)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) إن مات مفلساً بالاتفاق. (٤)

(٥) الأب.

(٦) أي الولد.

(٧) كما يملك المولى إعتاق الولد المولود في الكتابة.

(٨) الولد.

ولأبى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين[١] أن الأجل يثبت شرطًا[٢] فى العقد، فيثبت فى حق من دخل تحت العقد، والمشترى لم يدخل، لأنه لم يضف إليه العقد، ولا سرى[٣] حكمه[٤] إليه؛ لانفصاله بخلاف المولود فى الكتابة، لأنه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم[٥] إليه، وحيث دخل فى حكمه سعى فى نجومه.

فإن اشترى[٦] ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه؛ لأنه لما حكم بحريته[٧] فى آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت، لأنه تبع لأبيه فى الكتابة، فيكون هذا[٨] حرا يرث عن حر.

وكذلك[٩] إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة[١٠]؛ لأن الولد إن كان صغيراً، فهو تبع لأبيه، وإن كان[١١] كبيرا جُعِلا كشخص واحد[١٢]، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته فى تلك الحالة[١٣] على ما مر[١٤].

---

(٩) قوله: "بخلاف سائر أكسابه [أى المكاتب]" فإن المولى لا تصرف له فى أكساب المكاتب، ولهذا لا يقدر على إعتاق عبد المكاتب. (ك)

(١) أى فصل المولود وفصل المشترى.

(٢) قوله: "يثبت شرطا" أى خارجا عن العقد والشرط أمر خارج يتوقف المشروط عليه. (حميدية)

(٣) قوله: "ولا سرى إلخ" ودخول الولد المشترى فى كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذى جرى بين المكاتب ومولاه إليه بل لجعل المكاتب مكاتبًا لولده باشتراءه إياه تحقيقًا للصلة بقدر الإمكان كما أن الحر إذا اشترى ولده يصير معتقًا له بالاشتراء. (نت)

(٤) العقد.

(٥) أى حكم عقد الكتابة.

(٦) المكاتب.

(٧) قوله: "لأنه لما حكم [الابن] إلخ" أى لأنه لما اشتراه دخل فى كتابته، فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب فى آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد، ولما حكم إلخ. (عناية)

(٨) الابن.

(٩) أى لو مات الأب وترك وفاء ورث ابنه. (ع)

(١٠) قوله: "كتابة واحدة" قيد بقوله: كتابة واحدة احترازاً عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد، لأن الولد إن كان منفرداً بكتابة، فأداها بعد الموت لم يرثه، لأنه مقصود بالكتابة، وإنما يعتق من وقت أداء البدل مقصوراً عليه، لأن الاستناد للضرورة، ولا ضرورة فى حقه ههنا، فإذا لم يستند عتقه كان عبداً عند موت أبيه، فلهذا لا يرثه. (ك)

(١١) الولد.

(١٢) قوله: "جعلا كشخص واحد" لاتحاد عقد الكتابة، وهذا لأن الكتابة لما كانت واحدة ونجومها واحدة فإنهما يعتقان معًا إن أديا، ويردان معًا فى الرق إن لم يؤديا، وقد عتق العبد فى آخر جزء من أجزاء حياته، فيعتق الابن معه فى تلك الحالة، فيرثه لذلك. (ك)

(١٣) يعنى آخر جزء من أجزاء حياته. (ع)

(١٤) من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت. (ع)

قال[(١)]: فإن مات المكاتب[(٢)]، وله ولد من حرة[(٣)]، وترك دينًا وفاء لمكاتبته[(٤)]، فجنى الولد، فقضى به[(٥)] على عاقلة الأم، لم يكن ذلك[(٦)] قضاء بعجز المكاتب[(٧)]؛ لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم، وإيجاب العقل[(٨)] عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق[(٩)]، فيجر الولاء إلى موالي الأب[(١٠)]، والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً.

وإن اختصم موالي الأم وموالى الأب[(١١)] فى ولاءه[(١٢)]، فقضى به لموالى الأم[(١٣)]، فهو قضاء بالعجز[(١٤)]؛ لأن هذا اختلاف فى الولاء مقصوداً[(١٥)]، وذلك[(١٦)]

---

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) قوله: "فإن مات المكاتب إلخ" ذكر هذه المسألة والتى بعدها لبيان الفرق بينهما، وصورتها مكاتب مات وله ولد من امرأة حرة، وترك دينًا على الناس وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية، وولاء العبد لموالى الأم، إما بقاء الكتابة فلماله من المال المنتظر، لأن الدين باعتبار مآله، مال، ولكن لا يحكم بعتقه، حتى يؤدى البدل، وأما إن الولاء لموالى الأم، فلأنه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء فى جانب الأب. (عناية)

(٣) أى معتقة. (ك)

(٤) قوله: "وترك دينًا [على غيره] إلخ" قيد به لأنه لو كان عينًا نقدا لا يتأتى القضاء بالإلحاق بموالى الأم، لأنه يمكن أن يؤدى المال فى الحال، ويلحق بمولى الأب. (حميدية)

(٥) أى بموجب الجناية. (م)

(٦) أى القضاء.

(٧) وفسخ الكتابة. (م)

(٨) ديت.

(٩) المكاتب.

(١٠) قوله: "فيجر الولاء [أى ولاء الابن] إلخ" لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه كما إذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب إليه، فكذلك الولاء. (م)

(١١) قوله: "وإن اختصم [هى المسألة الثانية. ع] إلخ" صورتها مات هذا الولد بعد الأب، واختصم موالى الأب وموالى الأم، فقال موالى الأم: مات رقيقًا والولاء لنا، وقال موالى الأب: مات حرًا والولاء لنا، فقضى لولاءه لمولى الأم فهو قضاء بالعجز، وصح الكتابة. (م)

(١٢) الولد.

(١٣) قوله: "فقضى به إلخ" يعنى اختصموا بعد موت الولد فى إرثه بالولاء قبل أداء بدل الكتابة، فقضى القاضى بالولاء لقوم الأم يكون قضاء بعجز المكاتب، وموته عبدًا لأن من ضرورة كون الولاء لقوم الأم موت المكاتب عبدًا لأنه لو مات حرًا لانجر الولاء إليه من قوم الأم. (ك)

(١٤) أى بعجز المكاتب وفسخ الكتابة.

(١٥) قوله: "مقصودًا" احتراز عن المسألة الأولى، فإن القضاء بالأرش على قوم الأم لا يكون قضاء لهم بالولاء الذى يبتنى على بقاء الكتابة فى الأب، وانتقاضها، ولا يكون القضاء بالأرش على قوم الأم منافيًا لبقاء الكتابة فى الأب، بل هذا يقرر حكم الكتابة، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم، لكن على احتمال أن يعتق الأب، فينتقل الولاء، وموجب الجناية إلى قوم الأب، فلا يكون القضاء بالأرش على قوم الأم قضاء بفسخ الكتابة.
وفى المسألة الثانية الاختلاف وقع فى الولاء مقصودًا، وذا يبتنى على قيام الكتابة وانتقاضها، فكان هذا قضاء لعجز

يبتنى على بقاء الكتابة، وانتقاضها، فإنها إذا فسخت مات[1] عبداً، واستقر الولاء على موالى الأم، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات[2] حرّاً، وانتقل الولاء إلى موالى الأب، وهذا فصل مجتهد فيه[3]، فينفذ[4] ما يلاقيه من[5] القضاء، فلهذا كان[6] تعجيزاً.

قال[7]: وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه[8]، ثم عجز فهو طيب للمولى؛ لتبدل الملك[9]، فإن العبد يتملكه صدقة، والمولى عوضاً عن العتق، وإليه[10] وقعت الإشارة النبوية فى حديث بريرة[11]: «هى لها صدقة ولنا

المكاتب، لأن هذا القضاء يضمن فسخ الكتابة، لأنها لو لم تنفسخ، وخرج من الدين، وأديت الكتابة رجع عاقلة الأب بالميراث على عاقلة الأم، فينتقض القضاء بالميراث، فقلنا بانفساخها صيانة للقضاء عن النقض. (ك)

(١٦) أى الولاء.

(١) الولد.

(٢) الولد.

(٣) قوله: "وهذا [أى بقاء الكتابة وانتقاضها بعد موت المكاتب] فصل مجتهد فيه [كما مر]" فإن الاختلاف بين موالى الأب وموالى الأم فى الحقيقة راجع إلى قيام الكتابة، وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاء، فموالى الأم زعموا أنه مات عبداً، وانفسخت الكتابة بموته، وصار ولاء اولد لنا، لا يتحول عنا، وهو قول بعض الصحابة.

وموالى الأب زعموا أن الكتابة لم تنفسخ بموته عن وفاء، فيؤدى الكتابة حتى يعتق وينتقل الولاء إلينا، وهو قول بعض الصحابة، فإذا قضى القاضى بالولاء لموالى الأم كان قضاء فى فصل مجتهد فيه، فنفذ بالإجماع، وصيانة قضاء متفق عليه أولى من إمضاء كتابة اختلف الصحابة فى بقاءها.

هذا إذا مات المكاتب عن وفاء، وأما إذا مات، لا عن وفاء قال بعضهم: ينفسخ حتى لو تطوع إنسان ببدل الكتابة لا يقبل منه، وقيل: خلافه. (ك)

(٤) قوله: "فينفذ إلخ" وإذا كان القضاء لهم با ولاء نافذا ينفسخ الكتابة لانتفاء لازمها، وهو احتمال جر الولاء. (ف)

(٥) بيان ما.

(٦) هذا القضاء.

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٨) قوله: "وما أدى المكاتب إلخ" أى أخذ المكاتب الزكاة لكونه من المصارف، ثم أداه إلى المولى عن بدل الكتابة، ثم عجز فظهر أن المولى أخذ الزكاة، وهو غنى، ومع ذلك يطيب له. (شرح وقاية)

(٩) قوله: "لتبدل الملك إلخ" [وتبدل الملك كتبدل العين. (ع)] فإن قيل: إن ملك الرقبة كان للمولى، فكيف يتحقق تبدل الملك، قلنا: ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب، حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى، وكان للمكاتب أن يمنعه من التصرف فى ملكه، وهذا آية كمال ملك اليد للمكاتب، ونقصان ملك الرقبة للمولى، إذ المكاتب هو الذى يتصرف فيه تصرف الإملاك لا المولى، ثم بالعجز ينقلب الأمر، وليس هو إلا بتبدل الملك للمولى. (ك)

(١٠) أى إلى تبدل الملك.

(١١) قوله: "فى حديث بريرة" قلت: أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة قالت: كان فى بريرة ثلاث خصال عتقت فخيرت، وقال رسول الله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»، ودخل عليها النبى ﷺ، وبرمته على النار، فقرب إليه خبز وإدم

هدية[١]»* . وهذا بخلاف ما إذا أباح[٢] للغنى والهاشمى، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح، فلم يتبدل الملك، فلا تطيبه، ونظيره المشترى شراء فاسداً، إذا أباح[٣] لغيره لا يطيب له، ولو ملكه يطيب، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى، فكذلك الجواب[٤]، وهذا عند محمد ظاهر، لأن بالعجز يتبدل الملك عنده[٥]، وكذا عند أبى يوسف وإن[٦] كان بالعجز يتقرر[٧] ملك المولى عنده[٨]، لأنه لا خبث فى نفس الصدقة[٩]، وإنما الخبث فى فعل الأخذ لكونه، إذلالا به[١٠]، فلا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة، وللهاشمى لزيادة حرمته، والأخذ لم يوجد من المولى، فصار[١١] كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه، والفقير إذا استغنى وقد[١٢] بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب، واستغنى يطيب له ما بقى من الصدقة فى يده.

قال[١٣]: وإذا جنى العبد[١٤]، فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز، فإنه

من أدم البيت، فقال: ألم أر البرمة، فقيل: لحم تصدق به على بريرة، وأنت لا تأكل الصدقة، قال: «هو لها صدقة ولنا هدية». (ت)

(١) قوله: "ولنا هدية" والمشهور أنها كانت معتقة لعائشة رضى الله عنها لما أهدت إلى رسول الله ﷺ، وقال بعض الشارحين: إنها كانت مكاتبة أهدت إلى رسول الله ﷺ، فلعله كان الإهداء منها مرتين ليحصل التوفيق، فإن قيل: كيف يصح للمكاتبة الإهداء، قلت: إنه من باب الضيافة اليسيرة، فيحل. (أعظمى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٧، والدراية ج٢، الحديث ٨٧١ ص١٩٢. (نعيم)

(٢) أى الفقير وما أخذ من الزكاة.

(٣) المشترى.

(٤) أى هو طيب للمولى.

(٥) لأن المكاتب إذا عجز، فالمولى يملك أكسابه ملكًا مبتدأ، حتى لو آجر المكاتب أمته ظئرًا، ثم عجز يبطل الإجارة عند محمد لزوالها عن ملك الآجر. (ك)

(٦) الواو وصلية.

(٧) أى ليس يتبدل.

(٨) فإن للمولى فى كسب المكاتب نوع ملك، وبالعجز يتقرر، وذلك يتأكد. (ك)

(٩) وإلا لما فارقها أصلا. (ع)

(١٠) قوله: "لكونه إذلالا به" أى مع الغناء ومع زيادة الشرف والكرامة، لأن بالصدقة يسقط الذنوب من المتصدق، فيصير المتصدق عليه كالآلة للمتصدق فى حق سقوط الذنوب عنه، وليس للمسلم أن يذل نفسه إلا عند الحاجة والضرورة، فلهذا حل للفقير، ولا يحل للهاشمى وإن كان محتاجاً إليه، لأن له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره. (ك)

(١١) المولى.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

يدفع أو يفدى[١] ؛ لأن هذا[٢] موجب جناية العبد فى الأصل، ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختاراً[٣] للفداء، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع[٤]، فإذا زال[٥] عاد الحكم الأصلى، وكذلك[٦] إذا جنى المكاتب[٧]، ولم يقض به[٨] حتى عجز ؛ لما قلنا من زوال المانع[٩].

وإن قضى به[١٠] عليه فى كتابته، ثم عجز فهو دين يباع فيه[١١] ؛ لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء[١٢]، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وقد رجع أبو يوسف إليه، وكان يقول أولا : يباع فيه[١٣] وإن[١٤] عجز قبل القضاء، وهو قول زفر ؛ لأن المانع من الدفع -وهو الكتابة- قائم وقت الجناية، فكما وقعت[١٥] انعقدت موجبة للقيمة[١٦]، كما فى جناية المدبر وأم الولد[١٧].

---

(١٤) جناية الخطأ.

(١) قوله: "فإنه يدفع إلخ" أى المولى بالخيار إن شاء دفع العبد إلى ولى الجناية بالجناية، وإن شاء فداه بأرش الجناية. (تبيين)

(٢) أى أحد هذين الأمرين. (ع)

(٣) بالكتابة.

(٤) لأن المكاتب لا يقبل الانتقال.

(٥) المانع.

(٦) أى المولى بالخيار، فإنه يدفع أو يفدى. (ك)

(٧) خطأ.

(٨) أى بموجب الجناية. (ع)

(٩) الكتابة.

(١٠) قوله: "وإن قضى به" أى بموجب الجناية عليه، أى على المكاتب فى كتابته، ثم عجز فهو أى ما قضى به من موجبها دين فى ذمته يباع فيه. (ع)

(١١) أى قدر قيمة المكاتب دين على المكاتب. (ك)

(١٢) قوله: "لانتقال الحق إلخ" يعنى إن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصلى، وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع، فإذا زال لم يعد الحكم الأصلى صيانة للقضاء. (ع)

(١٣) إلا أن يقضى المولى عنه. (ع)

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) الجناية.

(١٦) قوله: "انعقدت إلخ" هذا القول وقوله السابق لانتقال الحق من الرقبة إلخ، يشعر إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها، ومن أرش الجناية، وهو مخالف للروايات، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية. (عناية)

(١٧) قوله: "كما فى جناية المدبر وأم الولد" فإن فى جناية المدبر، وأم الولد يجب على المولى الأقل من من

ولنا: أن المانع[١] قابل للزوال[٢] للتردد، ولم يثبت[٣] الانتقال في الحال[٤]، فيتوقف على القضاء أو الرضاء، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده، واحتمال عوده[٥] كذا هذا، بخلاف التدبير والاستيلاد، لأنهما لا يقبلان الزوال بحال[٦].

قال[٧]: وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة؛ كيلا يؤدى إلى إبطال حق المكاتب، إذ الكتابة سبب الحرية[٨]، وسبب حق المرء حقه.

وقيل له: أد المال إلى ورثة المولى على نجومه[٩]؛ لأنه استحق الحرية على هذا الوجه[١٠]، والسبب انعقد كذلك، فيبقى[١١] بهذه الصفة، ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه[١٢] في الاستيفاء[١٣]، فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه، لأنه لم يملكه[١٤]، وهذا لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك، فكذا بسبب الوراثة.

فإن أعتقوه جميعًا عتق[١٥]، وسقط عنه بدل الكتابة، لأنه[١٦] يصير إبراء عن

قيمتهما، ومن أرش الجناية. (ع)

(١) قوله: "ولنا أن المانع إلخ" الحاصل أن جناية المكاتب عندنا لا يصير مالا إلا بقضاء أو برضاء، أو بالموت عن وفاء، وعند زفر يصير مالا في الحال، له أن المانع إلخ. ولنا أن الأصل في جنايات العبيد وجوب الدفع إلا أن يتعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك إلى ملك والمانع ههنا قابل للفسخ والزوال، فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي إلا بالقضاء، أو الرضاء. (مل)

(٢) أي لاحتمال انفساخ الكتابة. (كفاية)

(٣) لأنه لا قضاء.

(٤) من الرقبة إلى القيمة. (ك)

(٥) الآبق.

(٦) قوله: "لا يقبلان الزوال بحال" فكان الواجب في الابتداء هو القيمة. (عناية)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "إذ الكتابة سبب الحرية" وحريته حقه، فهي سبب حقه، وسبب حق المرء حقه لإفضاءه إلى حصوله، فالكتابة حقه، فإذا مات المولى، ثم تنفسخ كيلا يؤدى موته إلى إبطال حق غيره. (عناية)

(٩) أي مؤجلا. (ع)

(١٠) أي بالأداء على النجوم.

(١١) الكتابة.

(١٢) قوله: "إلا أن الورثة يخلفونه [أي المولى]" أي بهذا القدر لا يتغير الحق، كما إذا كان له دين على الرجل ومات رب الدين، فورثته يخلفونه بالاستيفاء، ويبرأ بالأداء إليهم حيث يبرأ إذا أدى إلى المورث. (كفاية)

(١٣) والخلافة لا تسمى تغيرًا.

(١٤) قوله: "لم يملكه" ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم. (عناية)

(١٥) أي استحسانًا ووجه القياس ما ذكرناه من عدم الملك. (ع)

(١٦) أي لأن إعتاق الجميع.

بدل الكتابة فإنه حقهم، وقد جرى فيه الإرث، فإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى[١]، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة، لا يصير إبراء[٢] عن نصيبه[٣]، لأنا نجعله[٤] إبراء اقتضاء تصحيحًا لعتقه، والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض[٥]، أو أداءه في المكاتب لا في بعضه، ولا في كله، ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة[٦]، والله أعلم.

كتاب الولاء[٧]

قال[٨]: الوَلاء[٩] نوعان: ولاء عتاقة[١٠]، ويسمى ولاء نعمة[١١]، وسببه العتق[١٢] على ملكه في الصحيح[١٣]، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة[١٤] كان الولاء

---

(١) من بدل الكتابة.

(٢) قوله: "لا يصير إلخ" لأنه لم يوجد الإبراء نصا، وإنما جعلنا إعتاق الكل إبراء عن البدل اقتضاء تصحيحًا لإعتاقهم، فإنهم لا يملكون إعتاق المكاتب إلا في ضمن إبراءه من كل بدل الكتابة، ومن ضرورته ثبوت العتق بخلاف ما أعتقه أحد الورثة، فإنا لو جعلناه إبراء عن بعض بدل الكتابة بطريق الاقتضاء لم يلزم من ذلك ثبوت العتق، لا في كله ولا في جزءه. (ك)

(٣) أي فإن قيل: فاجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه، قلنا: لا يصح لأنا إلخ. (ع)

(٤) الإعتاق.

(٥) أي بعض البدل. (ع)

(٦) عند إعتاق واحد.

(٧) قوله: "كتاب الولاء" أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لأن الولاء من آثار الكتابة بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة. (نتائج)

قوله: "الولاء [بالفتح. مجمع الأنهر]" هو من الولي بمعنى القرب، فهي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة، هذا في اللغة، يقال: ولي الشيء، الشيء إذا حصل الثاني بعد الأول من غير فصل، ومنه قوله عليه السلام: «ليلني منكم أولو الأحلام والنهى». وقال في "النهاية": سمي ولاء العتاقة وولاء الموالاة به، لأن حكمهما وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود الشرط من غير فصل، أو من الموالاة، وهو مفاعلة من الولاية بالفتح، وهو النصرة والمحبة، إلا أنه اختص في الشرع بولاء الإعتاق أو بولاء الموالاة، ومن آثاره التناصر والإرث والعقل. (تبيين)

(٨) أي المصنف. (عيني)

(٩) قوله: "الولاء" أي الولاء المستعمل في اصطلاح الشرع: وهو الذي يقع به التناصر. (ك)

(١٠) قوله: "ولاء عتاقة [عتاقة: آزاد گرديدن. من]" أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه، وهو الإعتاق، أو ما يجري مجرى الإعتاق شرعا، كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية، أو بغير صنعه بأن ورث قريبه وسواء أعتقه تطوعًا أو عن واجب عليه كالإعتاق عن كفارة القتل والظهار والإفطار واليمين والنذر.

وسواء كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل، وهو الإعتاق على مال، وسواء كان منجزًا أو معلقًا بشرط، أو مضافًا إلى وقت، وسواء كان صريحًا أو ما يجري مجرى الصريح، أو كناية أو ما يجري مجرى الكناية، وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد. (بدائع)

(١١) قوله: "ويسمّى ولاء نعمة" اقتداء بقوله تعالى: ﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه﴾، أي أنعم الله عليه بالإسلام، وأنعمت عليه، أي بالعتق، وهو زيد. (كافي)

له، وولاء موالاة، وسببه العقد[١]، ولهذا يقال[٢]: ولاء العتاقة، وولاء الموالاة، والحكم يضاف إلى سببه، والمعنى فيهما التناصر[٣]، وكانت العرب تتناصر[٤] بأشياء[٥]، وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه، فقال: «إن مولى[٦] القوم منهم، وحليفهم منهم»*، والمراد بالحليف مولى الموالاة، لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف.

قال[٧]: وإذا أعتق المولى مملوكه فولاءه له؛ لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق[٨]»[٩]**، ولأن التناصر به[١٠]، فيعقله[١١]، وقد أحياه[١٢] معنى بإزالة

---

(١٢) قوله: "وسببه العِتق" لا الإعتاق لأن بالاستيلاد وإرث القريب يحصل العتق بلا إعتاق، وأما حديث: «الولاء لمن أعتق» فجرى على الغالب. (در مختار)

(١٣) قوله: "في الصحيح" احتراز عن قول أكثر أصحابنا أن سببه الإعتاق استدلالا بقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»، وإنما كان صحيحًا لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا إعتاق، فجعل العتق سببًا أولى لعمومه. (ع)

(١٤) قوله: "بالوراثة" كما لو مات أبوه وهومالك لأخيه لأمه. (رد المحتار)

(١) أي عقد الموالاة.

(٢) قوله: "ولهذا يقال: " بيان سبب النوعين، لأن كلا منهما مضاف إلى شيء، والإضافة تدل على السببية، كما عرف في الأصول. (ع)

(٣) قوله: "والمعنى [أي الوصف الذي صارا سببين للتناصر لأن هذا الوصف لازم لهما عادة. أعظمي] فيهما إلخ" مراد المصنف بهذا القول بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما، وعن هذا قال صاحب "الكافي" بدل قول المصنف: والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر. (نت)

(٤) قوله: "وكانت العرب إلخ" بيان وجود التناصر فيهما فإن العرب كانت تتناصر بهما وبالحف وبغيرها. (ع)

(٥) كالنسب والعد والحلف وغيرها.

(٦) قوله: "فقال إن مولى [معتَق] إلخ" رواه أحمد في "مسنده"، وابن أبي شيبة في "مصنفه" في كتاب الأدب عن إسماعيل بن رفاعة بن رافع الزرقي عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «مولى القوم منهم وحليفهم منهم». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٨، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٢ ص١٩٣. (نعيم)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "لقوله عليه السلام: الولاء إلخ" وجه الاستدلال أن لام الجنس في قوله عليه السلام: «الولاء» ولام الاختصاص في قوله: لمن أعتق تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره. (نت)

(٩) أخرجه الأئمة الستة عن عائشة رضي الله عنها. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٣ ص١٩٣. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولأن التناصر [دليل على الأثرين الثابتين به، وهما العقل والميراث. ع] به [أي بسبب الإعتاق. ع]" مراده أن المعتق -بالفتح- ينتصر بنصر المعتق -بالكسر- فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على أن مدار العقل أن يكون ناصرًا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة إلى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني إنما قصر لقوة فيه، وتلك بأنصاره، وهم العاقلة، فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته، فخصوا بالضم إليه. (نت)

(١١) قوله: "فيعقله" أي يؤديه ديته إذا قتل إنسانًا خطأ يقال: عقل المقتول إن أدى ديته، وعقل عن القاتل إذا أداها عنه. (مل)

الرق عنه[١]، فيرثه[٢]، ويصير الولاء كالولاد[٣]، ولأن الغنم بالغرم[٤]، وكذلك[٥] المرأة تعتق لما روينا[٦]، ومات معتق لابنة حمزة عنها وعن بنت[٧]، فجعل النبى عليه السلام المال بينهما نصفين[٨]*، ويستوى فيه[٩] الإعتاق بمال، وبغيره لإطلاق ما ذكرناه[١٠].

قال[١١]: فإن شرط أنه سائبة[١٢]، فالشرط باطل، والولاء لمن أعتق؛ لأن الشرط مخالف للنص، فلا يصح.

قال[١٣]: وإذا أدى المكاتب عتق، والولاء للمولى[١٤] وإن[١٥] عتق بعد موت

---

(١٢) العبد.

(١) قوله: "بإزالة الرق إلخ" لأن الرقيق هالك حكما ألا ترى أنه لا يثبت فى حقه كثير من الأحكام التى تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة، والسعى إلى الجمعة والخروج إلى العيدين، وأشباه ذلك، وبالإعتاق يثبت هذه الأحكام فى حقه، فكان إحياء معنى، ومن إحياء غيره معنى ورثه كالولد، فيصير الولاء كالولاد، والولاد يوجب الإرث، فكذا الولاء. (ع)

(٢) المولى.

(٣) قوله: "ويصير الولاء كالولاد" ومن حيث إن سبب حياة الولد إنما هو الوالد، فيرثه كهو، فإن قيل: ينبغى أن يرث المعتق من المولى أيضاً إذا لم يترك المولى عصبة نسبية، كما هو قول الحسن بن زياد، قلنا: المعتق أجنبى عنه، وقد جاء فى المعتق نص مخالف للقياس، فلا يقاس عليه غيره. (ك)

(٤) قوله: "ولأن الغنم [نفع] بالغرم [الضمان والمؤنة]" دليل على الوجه الثانى فقط، وهو الإرث، ومعطوف بحسب المعنى على قوله: وقد أحياه معنى بإزالة الرق، فكأنه قال: لأنه أحياه معنى بإزالة الرق عنه، فيرثه، ولأن الغنم بالغرم، فحيث يغرم عقله يرث ماله. (نتائج)

(٥) يعنى إن ولاء معتقها لها. (ع)

(٦) من قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق». (ع)

(٧) قوله: "ومات إلخ" معطوف على قوله: لما روينا معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة، روى أن بنت حمزة رضى الله عنه أعتقت غلاماً لها، ثم مات المعتق وترك ابنه فجعل النبى عليه المال بينهما نصفين. (عناية)

(٨) رواه النسائى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٥٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٤ ص١٩٣. (نعيم)

(٩) أى فى ثبوت الولاء. (ع)

(١٠) قوله: "لإطلاق ما ذكرناه" يعنى قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»، وما ذكره من المعنى المعقول. (عناية)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "إنه سائبة" عبد سائبة، أى لا ولاء بينه وبين معتقه من ساب، أى جرى وذهب كل مذهبه أى أعتق رجل عبده، وشرط أن لا يرثه فالشرط باطل. (كفاية)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "الولاء للمولى" لأن سبب الولاء العتق على الملك، وقد عتق على ملكه إذ المكاتب لا يورث، وكذلك المدبر لا يورث، فيعتق على ملكه أيضاً. (كفاية)

(١٥) الواو وصلية.

المولى؛ لأنه[١] عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة، وقد قررناه في المكاتب[٢]، وكذا العبد الموصى بعتقه، أو بشراءه، وعتقه بعد موته؛ لأن فعل الوصي بعد موته[٣] كفعله، والتركة على حكم ملكه[٤].

وإن مات المولى عتق مدبروه، وأمهات أولاده لما بينا في العتاق[٥]، وولاءهم له؛ لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد.

ومن ملك ذا م محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق[٦]، وولاءه له؛ لوجود السبب وهو العتق عليه، وإذا تزوج[٧] عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي[٨] حامل من العبد عتقت، وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً[٩]، لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً[١٠]، إذ هو جزء منها[١١] يقبل الإعتاق مقصوداً، فلا ينتقل ولاءه عنه عملا بما روينا[١٢].

وكذلك إذا ولدت ولداً[١٣] لأقل من ستة أشهر[١٤]؛ للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق، أو ولدت ولدين[١٥] أحدهما لأقل[١٦] من ستة أشهر[١٧]؛ لأنهما توأمان[١٨]

---

(١) المكاتب.

(٢) أي في كتاب المكاتب.

(٣) الموصى.

(٤) حتى يقضى منها ديونه، ويكفن ويجهز هو منها.

(٥) في باب التدبير وباب الاستيلاد.

(٦) في فصل من كتاب العتاق.

(٧) هذا لفظ القدوري.

(٨) الواو حالية.

(٩) يعني وإن أعتق مولى الأب الأب.

(١٠) قوله: "مقصوداً" وإنما قلنا: إنه صار معتقاً مقصوداً لأن الجنين هو جزء من الأم، والمولى أوقع العتق على جميع أجزاءها مقصوداً، فيكون معتقاً للجنين الذي هو جزءها مقصوداً أيضاً، كذا ذكره شيخ الإسلام. (ك)

(١١) أي الأم.

(١٢) من أن الولاء لمن أعتق.

(١٣) أي وإن لم يعرف حملها وقت الإعتاق.

(١٤) من وقت الإعتاق.

(١٥) بين ولادتهما أقل من ستة أشهر.

(١٦) قوله: "لأقل من ستة أشهر" أي بيوم مثلا والآخر بعدها. (ك)

(١٧) من وقت الإعتاق.

(١٨) هما ولدان يكون بين ولادتهما أقل من ستة أشهر.

ينعلقان معًا، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلا وهى[١] حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب، لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء[٢] مقصودًا، لأن تمامه[٣] بالإيجاب والقبول، وهو ليس بمحل له[٤].

قال: فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا، فولاءه لموالى الأم؛ لأنه عتق تبعًا للأم لاتصاله بها بعد عتقها، فيتبعها فى الولاء، ولم يتيقن[٥] بقيامه[٦] وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودًا. فإن أعتق الأب جر الأب ولاء ابنه، وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب؛ لأن العتق ههنا فى الولد يثبت تبعًا للأم، بخلاف الأول[٧]، وهذا[٨] لأن الولاء بمنزلة النسب، قال عليه السلام: «الولاء لحمة[٩] كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»*. ثم النسب إلى الآباء، فكذلك الولاء[١٠] والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب[١١] ضرورة، فإذا صار[١٢] أهلا عاد الولاء إليه[١٣] بمنزلة ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة، فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق[١٤]، فجاءت

---

(١) الواو حالية.

(٢) قوله: "غير قابل لهذا الولاء [أى ولاء الموالاة] إلخ" بخلاف ولاء العتاقة، فإن الجنين يصير مقصوداً بالإعتاق، لأنه محل لإضافة العتق إليه، وبعد ما صار مقصوداً لا يمكن أن يجعل تابعاً لغيره فى الولاء عليه. (ك)

(٣) عقد ولاء موالاة.

(٤) قوله: "وهو ليس بمحل له [أى للإيجاب والقبول]" فكان تابعًا فى الولاء، فيجعل تابعًا للأب، لأن الأب هو الأصل فى الولاء لكونه بمنزلة النسب. (كفاية)

(٥) لأنه ولد لأكثر من ستة أشهر بعد الإعتاق.

(٦) الحمل.

(٧) فإنه يثبت فى الولد العتق قصداً لكونه من أجزاء الأم.

(٨) أى الجر.

(٩) قوله: "الولاء لحمة [بالضم: خويشى وقرابت. من] إلخ" رواه ابن حبان فى "صحيحه"، ورواه الشافعى فى "مسنده"، ورواه الحاكم فى "المستدرك"، ورواه غيرهم، ولم أجد فى شيء من طرق الحديث لفظ ولا يورث. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٥١، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٥ ص ١٩٤. (نعيم)

(١٠) إلى الآباء.

(١١) فإنه عبد.

(١٢) الأب.

(١٣) قوله: "عاد الولاء إليه [الأب]" فإن قيل: الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته، فكذلك الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته. قلنا: لا ينفسخ، ولكن حدث الأولى منه فقدم عليه كما تقول فى الأخ: إنه عصبة، فإذا حدث من هو أولى منه فى الإرث لا يبطل تعصيبه، ولكن يقدم عليه. (كف)

(١٤) قوله: "بخلاف ما إذا إلخ" لما نوقض قوله: فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن

بولد لأقل من سنتين[١] من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى[٢] لموالي الأم وإن[٣] أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق[٤] إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطئ وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعًا بالشك[٥]، فاستند[٦] إلى حالة النكاح، فكان الولد موجودًا عند الإعتاق[٧]، فعتق مقصودًا[٨].

وفي "الجامع الصغير"[٩]: فإذا تزوجت معتقة بعبد، فولدت أولادًا، فجنى الأولاد فعقلهم[١٠] على موالي الأم، لأنهم عتقوا تبعًا لأمهم، ولا عاقلة لأبيهم[١١]، ولا موالي، فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا[١٢]. فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا[١٣]، ولا يرجعون[١٤] على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم[١٥] حين عقلوه كان الولاء ثابتًا لهم، وإنما يثبت[١٦] للأب

كانت الأمة امرأة مكاتب، فمات من غير وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق، فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الأم، ولم ينتقل الولاء عنهم، وإن أعتق الأب والعبد فالجواب أن العود إليه لعود الأهلية، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلخ. (عناية)

(١) قوله: "لأقل من سنتين" وفي بعض النسخ لأكثر من سنتين، والصحيح من الرواية لأقل من سنتين بدليل قوله: وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعًا، وقد مر في كتاب الطلاق أن المعتدة عن طلاق رجعي إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين يكون ذلك رجعة لتيقنا بالعلوق بعد الطلاق، فإن جاءت بولد لأقل من سنتين لا يكون رجعة بالشك لأنه لو حمل على وطئه في العدة يصير مراجعًا، ولو حمل على ما قبل الطلاق، لا يصير مراجعًا، والمراجعة لم تكن، فلا يثبت بالشك. (ك)

(٢) أي معتقًا.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "لتعذر إضافة إلخ" أي لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالته من الميت، وإلى ما بعد الطلاق، أما إذا كان بائنًا فلحرمة الوطئ بعده، وأما إذا كان رجعيًا فلئلا يصير مراجعًا بالشك، فأسند إلى حالة النكاح، فكان الحمل موجودًا عند إعتاق الأم عتق مقصودًا، فلا ينتقل. (معراج الدراية)

(٥) والرجعة لا تثبت بالشك.

(٦) العلوق.

(٧) أي إعتاق الأمة في العدة.

(٨) أي الولد، ومن عتق مقصودًا لا ينتقل ولاءه. (ع)

(٩) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" ذكر لفظ "الجامع الصغير" لاشتماله على بيان العقد، وبيان الفرق بينه وبين ولد الملاعنة. (عناية)

(١٠) الدية.

(١١) لرقيته.

(١٢) من أن ولد الملاعنة يلحق بالأم.

(١٣) من أن الأب صار أهلا.

(١٤) أي موالي الأم.

(١٥) أي موالي الأم.

مقصوراً[١]؛ لأن سببه[٢] مقصور[٣] وهو العتق، بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم، ثم أكذب الملاعن[٤] نفسه حيث يرجعون عليه[٥]، لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق، وكانوا مجبورين[٦] على ذلك[٧] فيرجعون.

قال[٨]: ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب[٩]، فولدت له أولاداً، فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة، قال[١٠]: وهو قول محمد.

وقال أبو يوسف[١١]: حكمه حكم أبيه[١٢]، لأن النسب إلى الأب[١٣]، كما إذا كان الأب عربياً، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً[١٤] لأنه هالك معنًى[١٥].

---

(١٦) الولاء.

(١) أي على وقت عتقه.

(٢) أي سبب ثبوت الولاء للأب.

(٣) أي غير مستند إلى وقت سابق.

(٤) أي الأب.

(٥) الأب.

(٦) قوله: "وكانوا مجبورين [فلا يكونوا متبرعين. ن] إلخ" أي قوم الأم كانوا مجبورين على أداء الأرش، فلا يكونون متبرعين في ذلك، فلذلك يرجعون. (ك)

(٧) أي أداء العقل.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ومن تزوج [أي الحرّ] من العجم إلخ" جمع العجمي وهو خلاف العربي، وإن كان فصيحاً، كذا في "المغرب"، وصورة المسألة أن الحر العجمي الذي ليس بمعتق لأحد سواء كان له ولاء موالاة لأحد، أو لم يكن كذا في "الزاد" و "شرح الأقطع".

وفي "الفوائد الظهيرية: هذه المسألة على وجوه، إن تزوجت نفسها من عربي، فولاء الأولاد لقوم الأب في قولهم، لأن الشرف بأنساب العرب أقوى، وإن تزوجت نفسها من أعجمي له آباء في الإسلام، فولاء الأولاد لقوم الأب عند أبي يوسف بلا ريب، وعلى قولهما اختلف المشايخ، حكي عن أبي بكر الأعمش، وأبي بكر الصفار رحمهما الله أنه لقوم الأب، وقال غيرهما: لقوم الأم. وإن زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب، والى أحداً ثمة، أو لم يوال فهي مسألة الكتاب، وإن زوجت نفسها من عبد أو مكاتب، فولاء الولد لموالي الأم إجماعاً إلا إذا عتق العبد فيجر الولاء. (ك)

قوله: "من العجم إلخ" أي تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد بمعتقة العرب، فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة ومحمد، وأموالهم لهم، لا لذوي أرحامه، حتى لو ترك هذا الولد عمة، أو خالة لم يكن لها شيء في وجود معتق الأم وعصبته. (م)

(١٠) أي المصنف.

(١١) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" ثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا مات هذا الولد، وترك عمة وغيرها من ذوي الأرحام، ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما وعند أبي يوسف يكون لذوي الأرحام. (تبيين)

(١٢) قوله: "حكمه [الولد] حكم أبيه" فلا يكون عليه ولاء عتاقة، وإنما يورث ماله بين ذوي أرحامه، كما إذا كان الأب عربياً والأم معتقة فإنه لا يكون ولاءه لمولى أمه، لأن النسب إلى الآباء. (م)

(١٣) وهو محل.

ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الأحكام، حتى اعتبرت الكفاءة[١] فيه[٢]، والنسب فى حق العجم ضعيف[٣]، فإنهم ضيعوا أنسابهم[٤]، ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب، والقوى لا يعارضه الضعيف، بخلاف ما إذا كان الأب عربيًا لأن أنساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة، والعقل[٥] لما أن تناصرهم[٦] بها[٧] فأغنت[٨] عن الولاء. قال[٩]: الخلاف فى مطلق المعتقة[١٠] والوضع[١١] فى معتقة العرب وقع اتفاقًا[١٢]، وفى "الجامع الصغير"[١٣]: نبطى[١٤]

---

(١٤) قوله: "بخلاف إلخ" أى فإن قيل: لما كان النسب إلى الآباء وجب أن يستوى الأب الحر والعبد، وليس كذلك، أجاب بأن العبد هالك معنى، وهذا المعنى معدوم إن كان الأب حرًا، لأن الحر حياة باعتبار صفة المالكية، والعرب والعجم فيه سواء. (عناية)

(١٥) قوله: "لأنه هالك معنى" لأنه لا يملك شيئًا، ولأن للرق أثر الكفر، و الكفر موت حكمي، قال الله تعالى: ﴿أو من كان ميتًا فأحييناه﴾، أى كافرًا فهديناه، فصار هذا الولد كأنه لا أب له، فينسب إلى موالى الأم ضرورة. (نت)

(١) قوله: "حتى اعتبرت الكفاءة إلخ" فإن الناس يتفاخرون بالعتاقة، ويعتبرونها فى الكفاءة، فمن له أب واحد فى الحرية لا يكون له كفوا من له أبوان فيها. (ع)

(٢) حتى إن معتقة العرب لا تكون كفوًا لمعتق العجم. (حميدية)

(٣) قوله: "ضعيف" فإن تفاخرهم قبل الإسلام بعمارة الدنيا، وبعد الإسلام بالإسلام، فإذا ثبت الضعف فى جانب الأب كان هو والعبد سواء. (ك)

(٤) قوله: "ضيعوا أنسابهم" والمراد من تضييع أنسابهم عدم حفظهم أسماء آباءهم وهذا فى الهنود ظاهر، لأن مدار حل النكاح وحرمته على الجهل بأسماء الآباء عندهم، ففيما يثبت الجهل يثبت الحل.

وقيل: معنى تضييعهم الأنساب أنهم لم يراعوا حقه بل يراعوا المال، أما تضييع النسب فى العجمى الذين لحقوا بالعرب، وصاروا موالى لهم فأظهر. (أعظمى)

(٥) دية.

(٦) العرب.

(٧) الأنساب.

(٨) الأنساب.

(٩) أى المصنف.

(١٠) لأن محمداً ذكر المعتقة مطلقًا. (ع)

(١١) أى وضع القدورى. (ع)

(١٢) قوله: "وقع اتفاقا" وفى العجم يعتبر الكفاءة أيضًا فى ولاء العتاقة، حتى إن معتقة الحائك لا تكون كفوا لمعتق الأشراف، فيكون الترجيح لولاء العتاقة، لا لكونها من العرب، فلفظ العرب وقع اتفاقًا. (حميدية)

(١٣) قوله: "وفى الجامع الصغير" ذكر لفظ "الجامع الصغير" لبيان أن محمداً ذكر المعتقة مطلقًا، ولاشتماله على ولاء الموالاة. (ع)

(١٤) قوله: "نبطى" واحد النبط وهم جهل من الناس بسواد العرق، وفسر الفقيه أبو الليث النبطى برجل من غير العرب. (عينى)

قوله: "نبطى" نبط محركة گروهى از مردم كه در بطائح ميان عراقين نازل شدند نبطى منسوب بوى. (من)

كافر تزوج بمعتقة[١] قوم، ثم أسلم النبطى ووالى رجلا، ثم ولدت أولادًا قال أبو حنيفة ومحمد: مواليهم موالى أمهم. وقال أبو يوسف: مواليهم موالى أبيهم، لأن الولاء وإن[٢] كان أضعف فهو من جانب الأب، فصار كالمولود[٣] بين واحد[٤] من الموالى، وبين العربية[٥]. ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله[٦]، والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى، ولو كان الأبوان معتقين[٧]، فالنسبة إلى قوم الأب، لأنهما استويا، والترجيح لجانبه[٨] لشبهه[٩] بالنسب[١٠]، أو لأن النصرة به[١١] أكثر.

قال[١٢]: وولاء العتاقة تعصيب[١٣] وهو[١٤] أحق بالميراث من العمة والخالة؛ لقوله عليه السلام[١٥] للذى اشترى عبدًا فأعتقه: «هو أخوك[١٦] ومولاك إن شكرك[١٧] فهو خير له وشر لك[١٨] وإن كفرك فهو خير لك[١٩] وشر له[٢٠] ولو مات

(١) قوله: "بمعتقة" والمراد بالمعتقة كافرة نصرانية، لتصور هذه المسألة إذ المسلمة لا تكون تحت الكافر بعقد النكاح، وغير الكتابية من الكفار لا يجوز أن يبقى نكاحها بعد إسلام الزوج. (كفاية)

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "كالمولود إلخ" فإن العجمى إذا تزوج العربية فولدت أولادًا فإنها تنسب إلى قوم أبيهم لأن النسب إلى الآباء، فكذا إذا كانت معتقة، لأن النسبة إلى الأم ضعيفة. (ع)

(٤) أى حر عجمى.

(٥) الحرة.

(٦) الفسخ.

(٧) قوله: "ولو كان إلخ" راجع إلى أول الخلاف يعنى إذا كانت الأم معتقة والأب والى رجلا ففيه من الخلاف، وأما إذا كان الوالدان معتقين فقد أجمعوا على أن النسبة فى حقيقة النسب إلى قوم الأب، فيضاف الولد إلى الأب فى الشرف والدناءة، فكذلك فى الولاء. (ع)

(٨) الأب.

(٩) الولاء.

(١٠) لقوله عليه السلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب».

(١١) أى بالأب.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) التعصيب جعل الإنسان عصبته. (ك)

(١٤) أى مولى العتاقة. (ع)

(١٥) قوله: "لقوله عليه السلام" رواه الدارمى فى "مسنده" إلا أنه قال فى الآخر: إن مات ولم يدع وارثًا فلك ماله، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" إلا أنه ليس فى روايته: «هو أخوك ومولاك»، وفى الآخر إن لم تكن له عصبة فهو لك، كذا قال الزيلعى.

(١٦) يعنى فى الدين. (ع)

ولم يترك وارثًا[١] كنت أنت عصبته[٢]»*، وورّث[٣] ابنة حمزة على سبيل العصوبة[٤] مع قيام وارث[٥]**.

وإذا كان[٦] عصبة يقدم على ذوى الأام[٧]، وهو المروى عن على[٨]***، فإن كان للمعتق عصبة من النسب، فهو أولى من المعتق؛ لأن المعتق آخر العصبات، وهذا لأن قوله عليه السلام: «ولم يترك وارثًا»، قالوا المراد منه وارث هو عصبة[٩] بدليل الحديث الثانى[١٠]، فتأخر عن العصبة[١١] دون ذوى الأام.

قال[١٢]: فإن كان للمعتق عصبة من النسب، فهو أولى منه؛ لما ذكرنا[١٣]، وإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق، تأويله[١٤] إذا لم يكن

---

(١٧) أى بالمجازاة على ما صنعت إليك.

(١٨) قوله: "وشر لك" لأنه أوصل إليك بعض الثواب فى الدنيا، فينتقص بقدره من ثواب الآخرة. (ع)

(١٩) قوله: "فهو خير لك" لأنه يبقى ثواب العمل كله فى الآخرة. (ع)

(٢٠) لأنه كفران النعمة. (ع)

(١) أى العصبة.

(٢) قوله: "أنت عصبته" يدل على أن المراد لم يترك عصبة حيث لم يقل: كنت وارثه. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٣، والدراية ج٢، الحديث٨٧٦ ص١٩٤. (نعيم)

(٣) النبى عليه السلام.

(٤) وقد مر فى أول كتاب الولاء.

(٥) قوله: "مع قيام وارث" وهو بنت الميت، وذلك لأن النبى عليه السلام أعطى بنت الميت النصف والباقى لبنت حمزة.(ب)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٤، والدراية ج٢ تحت الحديث٨٧٤ ص١٩٥. (نعيم)

(٦) مولى العتاقة.

(٧) قوله: "يقدم على ذوى إلخ" لأن النبى ﷺ قدمه على الرد حيث ورث ابنة حمزة، وما رد الباقى على بنت الميت والرد مقدم على ذوى الرحم. (ك)

(٨) قوله: "وهو المروى عن على" قلت: غريب عن على، وأخرجه عبد الرزاق عن قتادة أن زيد ابن ثابت كان يورث الموالى دون ذوى الأرحام. (ت)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٤، والدراية ج٢ تحت الحديث٨٧٦ ص١٩٥. (نعيم)

(٩) لا وارث مطلقًا. (عينى)

(١٠) قوله: "بدليل الحديث الثانى" وهو توريث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق. (ك)

(١١) النسبية.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) من أن المعتق آخر العصبات.

(١٤) قوله: "تأويله [أى تأويل قول القدورى. ع] " أى تأويل قوله: فميراثه للمعتق أن لا يكون للمعتق عصبة من

هناك صاحب فرض ذو حال[(١)]، أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه، لأنه عصبة على ما روينا[(٢)]، وهذا[(٣)] لأن العصبة[(٤)] من يكون التناصر به لبيت النسبة[(٥)]، وبالموالى الانتصار على ما مر[(٦)]، والعصبة يأخذ ما بقي[(٧)].

فإن مات المولى، ثم مات المعتق، فميراثه لبني المولى دون بناته؛ لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن أو كاتب من كاتبن[(٨)]، بهذا اللفظ ورد الحديث[(٩)] عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وفي آخره: «أوجر ولاء معتقهن»*، وصورة الجر قدمناها[(١٠)].

ولأن ثبوت المالكية[(١١)] والقوة في المعتق من جهتها[(١٢)]، فينسب[(١٣)] بالولاء إليها[(١٤)]، وينسب إليها من ينسب إلى مولاها[(١٥)]، بخلاف النسب[(١٦)] لأن سبب النسبة

النسب ولا صاحب فرض ذو حال، أي له حال فرض لا غير، أما إذا كان صاحب فرض له حال تعصيب أيضاً لا شيء للمعتق، ولو كان صاحب، فرض فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبة. (ك)

(١) أي ذو حال واحد كالبنت. (ع)

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه مات ولم يترك وارثًا إلخ.

(٣) إشارة إلى قوله: لأنه عصبة. (ع)

(٤) قوله: "لأن العصبة إلخ" تقريره أن العصبة من يكون انتصار القبيلة به، وبالموالى يكون الانتصار على ما مر في أول كتاب الولاء، وهو قوله: وكان العرب تتناصر بأشياء، وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه. (ع)

(٥) أي لقبيلة هو منسوب إليها. (ك)

(٦) في أول كتابَ الولاء.

(٧) قوله: "والعصبة يأخذ إلخ" تمام الدليل، وتقريره فله الباقي، لأنه عصبة والعصبة يأخذ الباقي. (ع)

(٨) أو دبرن، أو دبر من دبرن، أو جر ولاء معتقهن، أو معتق معتقهن.

(٩) قلت: غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٤، والدراية ج٢، الحديث٨٧٧ ص١٩٥. (نعيم)

(١٠) قوله: "وصورة الجر قدمناها" وهي ما ذكر من قوله: فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر إلى أن قال: جر الأب ولاء ابنه، وصورة جر ولاء معتقهن: تزوج عبد امرأة بإذنها بمعتقة قوم، فولدت منه أولاداً، فولاء الولد يكون لموالي الأم، وفلو أن المرأة أعتقت هذا العبد جر العبد ولاء الولد إلى نفسه، وجرت هي ذلك إلى نفسها.

وصورة جر ولاء معتق المعتق امرأة اشترت عبدا وأعتقه، ثم إن هذا العبد اشترى عبدا، ثم إن العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم فولدت منه ولدا فولاء الولد لموالي الأم، فلو أن المعتق أعتق هذا العبد جر هذا العبد ولاء ولده، ثم جر المعتق الأول ذلك إلى نفسه، ثم جرت المرأة ذلك إلى نفسها. (ك)

(١١) قوله: "ولأن ثبوت إلخ" دليل ثاني عقلي على أن ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقهن، أو أعتق من أعتقن إلخ. (عيني)

(١٢) أي من جهة المعتقة.

(١٣) أي المعتق.

(١٤) أي إلى المعتقة.

فيه الفراش، وصاحب الفراش إنما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة.

وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بنى المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب؛ لأن الولاء لا يورث[١]، ويخلفه فيه[٢] من يكون النصرة به، حتى لو ترك المولى أبًا وابنًا[٣]، فالولاء للابن عند أبى حنيفة ومحمد، لأنه أقربهما عصوبة، وكذلك الولاء للجد دون الأخ[٤] عند أبى حنيفة؛ لأنه أقرب فى العصوبة عنده[٥]، وكذا الولاء لابن المعتقة[٦] حتى يرثه دون أخيها؛ لما ذكرنا[٧] إلا أن عقل[٨] جناية المعتق على أخيها[٩]، لأنه[١٠] من قوم أبيها، وجنايته[١١] كجنايتها[١٢].

ولو ترك المولى ابنًا وأولاد ابن آخر معناه بنى ابن[١٣] آخر، فميراث المعتق للابن

---

(١٥) فإن معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء. (ع)

(١٦) قوله: "بخلاف النسب" أى لا ينسب الولد إلى الأم يعنى إن ولاء العتاقة يثبت من جانب النساء، ولا يثبت النسب من جانب النساء، ووجه الفرق أن سبب النسبة بالولاء إحداث قوة المالكية بالعتق، وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل، بخلاف النسب فإن سببه الفراش، وصاحب الفراش هو الرجل لا المرأة، لأنها مملوكة، فلا يعارض المالك فى استحقاق النسب، أما الرجل والمرأة فى نسبة العتق على السواء. (ك)

(١) قوله: "لأن الولاء لا يورث [حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب]" أى لا يجرى فى الولاء الإرث، لأنه لو كان استحقاق المال فيه بالإرث لكانل للذكر مثل حظ الانثيين، كما فى سائر المواريث، ولكن يجرى فيه الخلافة، والخلافة إنما تتحقق لمن يتحقق به النصرة، والنصرة إنما يكون بالابن دون الابنة، ألا ترى أن النساء لا يدخلن فى العاقلة عند تحمل الأرش لعدم النصرة منهن. (ك)

(٢) أى فى الولاء.

(٣) قوله: "حتى لو ترك إلخ" صورته امرأة أعتقت عبدا، ثم ماتت عن ابن وأب، ثم مات العبد، فميراثه للابن خاصة عندهما، وهو قول أبى يوسف أولا، ثم رجع فقال: لأبيها السدس، والباقى للابن، لأن الأبوة متحقق كالبنوة، ووجود الابن لا يوجب حرمان الأب، ولهذا لم يصر محروماً عن ميراثها به، فكذا عن ميراث معتقها، ولهما أن أقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته فى ميراث المعتق، واستحقاق الأب السدس بالفريضة دون العصوبة. (عناية)

(٤) لأب وأم، أو لأب. (ع)

(٥) وهو لا يورث الإخوة والأخوات مع الجد.

(٦) قوله: "لابن المعتقة إلخ" أى امرأة أعتقت عبده، ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيها، لما ذكرنا من أن الابن أقرب فى العصوبة. (ع)

(٧) أى القرب فى العصوبة.

(٨) الدية.

(٩) قوله: "على أخيها" لأن الميراث بالعصوبة و الابن أقرب العصبات، فأما عاقلة المعتق قبيلة مولاه وأخوها من قبيلتها، لأنه من قوم أبيها، فأما ابنها ليس من قوم أبيها. (ك)

(١٠) الأخ.

(١١) المعتق.

(١٢) قوله: "كجنايتها" وجنايتها على قوم أبيها، فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها. (عناية)

دون بني الابن، لأن الولاء للكبر[١]، هو المروى عن عدة من الصحابة[٢] منهم عمر وعلى، وابن مسعود وغيرهم أجمعين، ومعناه القرب[٣] على ما قالوا: والصلبى أقرب[٤].

فصل في ولاء الموالاة[٥]

قال[٦]: وإذا أسلم رجل على يد رجل، ووالاه على أن يرثه، ويعقل عنه إذا جنى، أو أسلم على يد غيره[٧]، ووالاه فالولاء صحيح، وعقله على مولاه، فإن مات ولا وارث له غيره، فميراثه للمولى[٨]. وقال الشافعي: الموالاة ليس بشيء[٩]، لأن فيه إبطال حق بيت المال، ولهذا[١٠] لا تصح في حق وارث آخر[١١]، ولهذا لا يصح عنده[١٢] الوصية بجميع المال وإن[١٣] لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال، وإنما يصح فى الثلث[١٤].

---

(١٣) أى لا بناته.

(١) بضم الكاف. (ت) أى لأكبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا، كذا فى "المغرب". (ك)

(٢) قوله: "هو المروى عن عدة إلخ" رواه البيهقى عن على وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير، ورواه الدارمى فى "مسنده" عن عمر وعلى وزيد أنهم قالوا: الولاء للكبر. (ت)

(٣) قوله: "ومعناه القرب" أى معنى الكبر القرب فى العصوبة لا فى السن على ما قالوا، ألا ترى أن المعتق إذا مات وترك ابنين صغيراً وكبيراً، ثم مات المعتق، فالولاء بينهما نصفان لاستواءهما فى القرب إلى الميت من حيث النسب. (ع)

(٤) فيستحق الجميع. (ع)

(٥) قوله: "فصل فى ولاء الموالاة" أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة، لأن ولاء العتاقة أقوى، لأنه غير قابل للتحول والانتقال فى جميع الأحوال، بخلاف ولاء الموالاة، فإن للمولى فيه أن ينتقل. (نت)

قوله: "فى ولاء الموالاة" صورته أن يقول مجهول النسب للذى أسلم على يديه أو لغيره: واليتك على أنى إن مت فميراثى لك، وإن جنيت فعقلى عليك، وعلى عاقلتك، وقبل الآخر منه يكون القابل مولى له يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى. وله شرائط، منها أن يكون من غير العرب، لأن العربى له نصرة بنفسه، أى قبيلة، وذلك آكد من نصرة الموالاة، ومنها أن لا يكون معتقًا، ومنها أن يشترطا الميراث والعقل، ومنها أن يكون لم يعقل عنه غيره، ومنها الإسلام على يده عند البعض، والصحيح أن ذا ليس بشرط. (ك)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) الغرض أن الإسلام على يده ليس بشرط فى صحة الموالاة.

(٨) قوله "فميراثه للمولى" أى للمولى الأعلى، وإذا مات الأسفل وإلا على ميت، فميراثه لأقرب الناس عصبة إلى الأعلى، كما فى ولاء العتاقة، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(٩) أى ليس بشئ موجب للإرث والعقل. (ك)

(١٠) أى لرعاية الإبطال.

(١١) فكذا لا يصح فى حق بيت المال، لأنه بمنزلة الورثة عند عدمهم.

(١٢) أى عند الشافعى.

(١٣) الواو وصلية.

ولنا قوله تعالى: ﴿والذين عقدت أيمانكم[١] فآتوهم نصيبهم[٢]﴾، والآية في الموالاة[٣]، وسئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه[٤]، فقال: «هو أحق الناس به محياه ومماته[٥]»*، وهذا يشير إلى العقل والإرث في حالتين هاتين[٦]، ولأن ماله حقه، فيصرفه إلى حيث يشاء، والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق، لا أنه مستحق[٧].

قال[٨]: وإن كان له وارث[٩]، فهو أولى منه[١٠]، وإن[١١] كانت عمة، أو خالة، أو غيرهما من ذوى الأام؛ لأن الموالاة عقدهما، فلا يلزم غيرهما، وذوالم وارث، ولا بد من شرط الإرث والعقل[١٢]، كما ذكر في الكتاب[١٣]، لأنه[١٤]

---

(١٤) أي الوصية بجميع المال.

(١) قوله: "والذين عقدت إلخ" أي عاقدتم أضاف العقد إلى أيماننا لأن أكثر الكسب تجرى على اليد. (عيني)

(٢) من الميراث. (ك)

(٣) قوله: "والآية في الموالاة" أي المراد عقد الموالاة بدليل ما سبق في ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والأقربون كان المراد من ذلك بيان النصيب على سبيل الاستحقاق إرثًا لا على سبيل القربة والبر ابتداء فكذلك المراد بما جعله معطوفا عليه، لأن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه، وليس المراد بقوله: عقدت أيمانكم القسم بل المراد الصفقة فإن العادة أن المتعاقدين يأخذ كل واحد منهما يمين صاحبه إذا عاقده، ويسمى العقد صفقة.

ولهذا ذكر في المبسوط البكرى أن الله تعالى جعل ولاء الموالاة سببا للتوارث مطلقًا من غير فصل بين أن يكون للميت وارث آخر، أو لم يكن، إلا أنه نسخ في حق من كان له وارث آخر بقوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾، ولا ناسخ في حق من لا وارث له، فبقى داخلا تحت ظاهر الآية. (ك)

(٤) قوله: "وسئل إلخ" قلت أخرجه أبو داود عن تميم الدارى قال: يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين، قال: «هو أولى الناس لمحياه ومماته». (ت)

(٥) أي حال حياته وحال مماته، وهو منصوب على الظرفية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٥، والدراية ج٢، الحديث٨٧٨ ص١٩٥. (نعيم)

(٦) قوله: "في حالتين هاتين" أي في محياه عقلا، وفي مماته إرثًا. (ك)

(٧) قوله: "لا أنه مستحق" لأن ورثة بيت المال مجهول أعيانهم، وهو لا يصلح مستحقًا لما عرف في مصارف الصدقات. (ن)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) سوى مولى الموالاة.

(١٠) أي من مولى الموالاة.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "ولا بد من شرط الإرث والعقل" لأن عقد الموالاة يقع على ذلك، فلا بد من ذكره، ولو شرطا الإرث من الجانبين كان كذلك، ويتوارثان من الجانبين، بخلاف ولاء العتاقة، فإنه يورث الأعلى من الأسفل، لأن سببه الإحياء، وذا وجد من الأعلى في حق الأسفل لا من الأسفل في حق الأعلى، وههنا السبب هو العقد والشرط، فعلى الوجه الذي وجد الشرط يثبت الحكم. (ك)

بالالتزام وهو بالشرط، ومن شرطه أن لا يكون المولى[١] من العرب، لأن تناصرهم بالقبائل[٢]، فأغني عن الموالاة.

قال[٣]: وللمولى[٤] أن ينتقل عنه[٥] بولاءه إلى غيره ما لم يعقل[٦] عنه[٧] لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية[٨]، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولاءه لعدم اللزوم إلا أنه يشترط[٩] في هذا[١٠] أن يكون[١١] بمحضر من الآخر، كما في عزل الوكيل قصداً[١٢]، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره[١٣] بغير محضر من الأول، لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي[١٤] في الوكالة.

---

(١٣) قوله: "كما ذكر في الكتاب" أشار به إلى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله: وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه، ويعقل عنه. (ت)

(١٤) أي لأن الإرث أو العقل.

(١) الأسفل.

(٢) قوله: "لأن تناصرهم [عرب] إلخ" فإن قلت: إن التناصر حكمة وهي لا تراعى في كل فرد، و إنما تراعى في الجنس كما في الاستبراء فإن الحكمة فيه فراغ الرحم، وإنها تعتبر في الجملة لا في كل فرد، حتى لا يجب الاستبراء في من اشترى من امرأة أو اشترى أمة صغيرة.
قلنا: التناصر علة لا حكمة، فإن قيل: العلة لا بد أن تكون مؤجودة، والتناصر قد يوجد وقد لا يوجد، قلنا: التناصر يكون موجوداً تحقيقًا، أو تقديراً لقيام سببه. (ك)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) الأسفل.

(٥) أي عن الذي والاه.

(٦) الأعلى.

(٧) الأسفل.

(٨) فيجوز الرجوع.

(٩) قوله: "إلا أنه يشترط إلخ "فإن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن إضراراً بصاحبه، أما إذا كان الفسخ من الأسفل فلأنه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى أن ماله صار ميراثًا له، فيتصرف فيه، فيصير مضموناً عليه. وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الأسفل بما يعتق عبدا على حسبان أن عقل عبيده على مولاه، ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه، فيتضرر كذا في "النهاية" و "معراج الدراية" نقلا عن "الذخيرة". (نت)

(١٠) أي في فسخ عقد الموالاة. (ك)

(١١) الانتقال والتبرى.

(١٢) قوله: "كما في عزل إلخ" أي عزل الوكيل قصداً لا يجوز بدون علمه، ويجوز ضمنًا فكذا للمولى الأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضر من الأول في ضمن عقد الولاء مع غيره، ولكن ليس للأعلى والأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضر من صاحبه قصداً كما لا يكون للموكل عزل وكيله بدون علمه قصداً، فإن قيل فلماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبًا فسخ العقد الأول. قلنا: لأن الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتًا من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره، فكذا الولاء، فعرفنا إن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول. (ك)

(١٣) الأعلى.

قال[١] : وإذا عقل[٢] عنه[٣] لم يكن له أن يتحول بولاءه إلى غيره؛ لأنه تعلق به حق الغير[٤]، ولأنه قضى به القاضى، ولأنه[٥] بمنزلة عوض ناله[٦] كالعوض فى الهبة[٧]، وكذا لا يتحول ولده[٨]، وكذا إذا عقل[٩] عن ولده[١٠] لم يكن لكل واحد منهما[١١] أن يتحول لأنهما في حق الولاء كشخص واحد.

قال[١٢] : وليس لمولى العتاقة[١٣] أن يوالى أحدًا لأنه لازم[١٤]، ومع بقاءه لا يظهر الأدنى.

كتاب الإكراه[١٥]

الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر[١٦] على إيقاع ما يوعد[١٧] به سلطانًا كان أو لصًا؛ لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفى به[١٨] رضاه[١٩]، أو يفسد به

(١٤) قوله: "بمنزلة العزل الحكمى" كما إذا باع الموكل ما وكل الوكيل بيعه بغير محضره، فينعزل الوكيل. (مل)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الأعلى.

(٣) أى عن الأسفل.

(٤) أى الأعلى.

(٥) أى أداء الدية.

(٦) أى وجده الأسفل.

(٧) فإنه بعد العوض لا يصح الرجوع.

(٨) قوله: "وكذا لا يتحول [بعد ما عقل الجناية عن أبيه] ولده إلخ" أى لا يتحول ولده إلى غيره بعد الكبر، لأن ولاء الأب تأكد بعقل الجناية، وتأكد التبع بتأكد الأصل، فكما ليس للأب أن يتحول عنه بعد ما عقل جنايته، فكذا ليس لولده إذا كبر. (ك)

(٩) الأعلى.

(١٠) الأسفل.

(١١) أى من الأسفل وولده.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) أى المعتق.

(١٤) قوله: "لأنه [أى لأن ولاء العتاقة] لازم" لا يحتمل النقض لأن سببه لا يحتمل النقض وهو العتق، فلا ينفسخ. (تبيين)

(١٥) قوله: "كتاب الإكراه [هو فى اللغة: مصدر أكرهه إذا حمله على أمر يكرهه، ولا يريده، والكره -بالفتح- اسم منه، وفى الشرع: اسم لفعل إلخ. ك] إلخ" قيل فى مناسبته أن الولاء من آثار العتق، و العتق لا يؤثر فيه الإكره، فناسب ذكره عقيبه، أو لأنه نادر كالموالاة. (رد المحتار)

(١٦) فإنه إذا لم يتمكن من ذلك فإكراهه هذيان. (ك)

(١٧) إيعاد: ترسانيدن بيدى. (من)

(١٨) قوله: "فينتفى به إلخ" اعلم أن الشائع المذكور فى عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الإكراه نوعان،

اختياره مع بقاء أهليته[1]، وهذا[2] إنما يتحقق إذا خاف المكره[3] تحقيق ما يوعد به[4]، وذلك[5] إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة.

والذى قاله أبو حنيفة: إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة[6] له، والقدرة لا يتحقق بدون المنعة، فقد قالوا[7]: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، ولم يكن القدرة فى زمنه[8] إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله[9]، ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد[10] به، وذلك[11] بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا[12] على ما دعى إليه من[13] الفعل.

قال[14]: وإذا أكره الرجل على بيع ماله[15]، أو على شراء سلعة، أو على أن يقر

نوع يعدم الرضا، ويفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بقتل، أو بقطع عضو وهو الإكراه الملجئ، ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بضرب أو بقيد، أو بحبس، وهو الإكراه الغير الملجئ، وكل منهما لا ينافى الأهلية، ولا الخطاب. فمراده بقوله: فينتفى رضاه أن ينتفى رضاه به بدون فساد الاختيار بقرينة مقابلة قوله: أو يفسد به اختياره، فإن العام إذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص، كما فى قوله تعالى: ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾، فكان قوله: فينتفى به رضاه إشارة إلى أحد نوعى الإكراه، وهو غير الملجئ، وقوله: أو يفسد به اختياره إشارة إلى النوع الآخر منهما، وهو الملجئ. (نت)

(١٩) فوات الرضاء بالإكراه بالحبس أو الضرب القليل، وفساد الاختيار بالإكراه بالقتل. (حميدية)

(١) قوله: "مع بقاء أهليته" أى لا يزول به أهلية المكره، ولا يسقط عنه الخطاب، لأن المكره مبتلى، والابتلاء يحقق الخطاب، ألا ترى أنه متردد بين فرض وخطر ورخصته، ويأثم مرة، ويؤجر أخرى، وهو آية الخطاب. (ك)

(٢) أى الإكراه.

(٣) قوله: "إذا خاف إلخ" أى يكون خائفا عن نفسه من جهة المكره فى إيقاع ما هدد به عاجلا، لأنه لا يصير ملجأ محمولا طبعا إلا بذلك. (ك)

(٤) بأن يغلب على ظنه أنه يفعله. (ع)

(٥) أى الخوف.

(٦) حمايت كنندگان وپشتى دهندگان. (من)

(٧) المشايخ.

(٨) الإمام.

(٩) حتى حصل القدرة بغير السلطان أيضا.

(١٠) تهديد ترسانيدن. (من)

(١١) الخوف.

(١٢) مضطر.

(١٣) بيان ما.

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) قوله: "وإذا أكره إلخ" والأصل أن تصرفات المكره قولا منعقدة عندنا إلا أن ما يحتمل الفسخ منه كالبيع

لرجل بألف، أو يؤاجر داره، وأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد[١]، أو بالحبس[٢]، فباع أو اشترى فهو بالخيار[٣]، إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع؛ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي، قال الله تعالى[٤]: ﴿إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم[٥]﴾، والإكراه بهذه الأشياء[٦] يعدم الرضاء[٧]، فتفسد. بخلاف ما إذا أكره[٨] بضرب سوط، أو حبس يوم، أو قيد يوم[٩]؛ لأنه لا يبالى به بالنظر إلى العادة، فلا يتحقق به الإكراه، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب[١٠] يعلم أنه يستضرّ به لفوات الرضاء[١١]، وكذا الإقرار[١٢] حجة لترجح جنبة الصدق[١٣] فيه على جنبة الكذب[١٤]، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة.

والإجارة يفسخ، وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد فهو لازم. (ك)

(١) قوله: "أو بالضرب إلخ" قال في المبسوط: والحد في الحبس الذي هو إكراه ما يجيء الاغتمام البين به، وفي الضرب الذي هو إكراه ما يجد منه الألم الشديد، وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه، لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون، ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه، فما رأى أنه أكره أبطل الإقرار، لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس. (ك)

(٢) أي المديد منه. (ك) قيل: إن الحبس المديد ما زاد على يوم.

(٣) أي إن فعل ما دعي إليه، ثم زال الإكراه فهو إلخ. (ع)

(٤) قوله: "قال الله تعالى": ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾، أي بالحرام في الشرع كالربا والغصب، ﴿إلا﴾ أي لكن ﴿أن تكون تجارة﴾، أي تكون الأموال أموال تجارة صادرة عنكم ﴿عن تراضٍ منكم﴾ وطيب نفسه، فلكم أن تأكلوها.

(٥) قوله: "إلا أن تكون تجارة إلخ" فإن قيل: الآية وإن أثبت الحرمة بدون الرضاء لكن مطلق قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع وحرم الربا﴾ يوجب جواز البيع وإن انعدم التراضي. قلنا: البيع لغة مبادلة المال بالمال بالتراضي، والأصل ورود الشرع على وفاق الحقيقة، ولأنه مخصوص فيخص بدون الرضاء.

فإن قيل: هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضي الوجود عند الوجود، ولا يقتضي العدم عند عدمه، كما في قوله تعالى: ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾، قلنا: أول الآية ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾، واستثنى منه التجارة بالتراضي، فيبقى غيره في صدر الكلام، توضيحه أن المستثنى لما كانت بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي وهو الكره. (ك)

(٦) قوله: "بهذه الأشياء" أي القتل والضرب الشديد والحبس المديد. (نتائج الأفكار)

(٧) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فتفسد. (ع)

(٨) المراد بالإكراه ههنا معناه اللغوي.

(٩) فإنه لا يكون إكراهًا.

(١٠) قوله: "إلا إذا كان الرجل إلخ" فإن الشرفاء والأجلة من العلماء الكبراء وأصحاب المناصب يستنكفون عن ضرب سوط واحد، وحبس يوم واحد أكثر مما يستنفك غيره من ضرب سياط، وحبس أيام ولهذا قال محمد: ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به. (ع)

(١١) أي فهو إكراه لوجود العلة، وهو فوات الرضاء.

(١٢) قوله: "وكذا الإقرار إلخ" معطوف على قوله: لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي إلى قوله: فتفسد فإنه دليل مستقل في حق فساد الإقرار بالإكراه. (نت)

ثم إذا باع مكرهًا، وسلم مكرهًا يثبت به الملك عندنا، وعند زفر لا يثبت[1] لأنه[2] بيع موقوف على الإجازة، ألا ترى أنه لو أجاز جاز، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك. ولنا: أن ركن البيع[3] صدر من أهله[4] مضافًا إلى محله[5]، والفساد لفقد شرطه وهو التراضي[6]، فصار[7] كسائر الشروط المفسدة، فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه[8]، وأعتقه، أو تصرف فيه تصرفًا لا يمكن نقضه[9] جاز، ويلزمه[10] القيمة[11] كما في سائر البياعات[12] الفاسدة[13]، وبإجازة المالك يرتفع المفسد، وهو الإكراه وعدم الرضاء، فيجوز[14]، إلا أنه[15] لا ينقطع به[16] حق استرداد البائع[17] وإن[18] تداولته الأيدي، ولم يرض البائع بذلك.

---

(١٣) قوله: "لترجح جنبة الصدق إلخ" فلا يكون لاحتمال الكذب اعتبار، ولا ترجيح للصدق حال الإكراه، لأن العقل يعتبر حينئذ احتمال أنه يكذب لدفع المضرة. (أعظمى)

(١٤) لأنه عاقل بالغ ذو دين.

(١) الملك.

(٢) أى لأن بيع المكره.

(٣) أى الإيجاب والقبول. (ع)

(٤) أى العاقل البالغ. (ع)

(٥) أى المال. (ع)

(٦) قوله: "والفساد لفقد شرطه [البيع] وهو التراضى" إذ تأثير فوات شرط الجواز فى إفساد العقد كما فى الربا، فإن المساواة فى الأموال الربوية شرط جواز العقد، فإذا عدم المساواة يفسد العقد، ويثبت الملك للمشترى بالقبض، فهذا مثله. (ك)

(٧) أى فصار الفساد بفقد شرط كفساد بسبب سائر الشروط.

(٨) المشترى.

(٩) كالتدبير والاستيلاد. (عينى)

(١٠) المشترى.

(١١) لا الثمن.

(١٢) قوله: "كما فى سائر البياعات [بياعة بالكسر متاع، كالائى فروختنى بياعات جمع. من]" فإن قيل: لو كان بمنزلة البيع الفاسد وجب أن لا يعود جائزًا فى الأحوال كلها كما لو باع درهمًا بدرهمين وأشباهه، قلنا: بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث توقفه على إجازة المالك له، والبيع الفاسد من حيث إنه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه، فمن حيث إنه يشبه البيع الموقوف فمن أى وقت أجازه المالك يعود جائزًا، ومن حيث إنه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد القبض عملاً بالشبهين. (ك)

(١٣) أى بيع البياعات.

(١٤) بخلاف سائر البياعات فإن المفسد فيه باق. (ع)

(١٥) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: كما فى سائر البياعات الفاسدة، فإن فيه إذا باع المشترى ما اشترى بشراء فاسد لم يبق للبائع الأول حق استرداده، وههنا لا ينقطع إلخ. (عناية)

(١٦) أى بسبب الإكراه. (ع)

بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد(١)، وحقه مقدم(٢) لحاجته، أما ههنا الرد لحق العبد(٣)، وهما(٤) سواء، فلا يبطل حق الأول لحق الثانى.

قال: ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعًا فاسدًا(٥) يجعله كبيع المكره(٦)، حتى ينقض بيع المشترى من غيره، لأن الفساد لفوات الرضاء(٧)، ومنهم من(٨) جعله رهنا لقصد المتعاقدين(٩)، ومنهم من جعله باطلا(١٠) اعتبارًا بالهازل، ومشايخ سمرقند جعلوه بيعًا جائزًا مفيدًا لبعض الأحكام(١١) على ما هو المعتاد(١٢) للحاجة إليه.

قال(١٣): فإن كان قبض الثمن طوعًا فقد أجاز البيع؛ لأنه(١٤) دليل الإجازة كما

---

(١٧) المكره.

(١٨) الواو وصلية.

(١) أى المشترى الثانى.

(٢) على حق الله.

(٣) أى البائع المكرَه.

(٤) أى البائع الأول المكره والمشترى الثانى.

(٥) قوله: "ومن جعل إلخ" ذكر بيع الوفاء فى كتاب الإكراه، وذكر القول بالفساد أو لا يشعر بأن المختار عنده الفساد، ثم إن تفسير الجواز فى قول مشايخ سمر قند بإفادة بعض الأحكام صريح فى أنه ليس جائزًا مطلقًا، لأنه فى قوة الفاسد المفيد لبعض الأحكام. (أعظمى)

قوله: "البيع الجائز المعتاد [أى بسمرقند ونواحيها. ك] إلخ" يريد به بيع الوفاء صورته أن يقول البائع للمشترى: بعت منك هذا العين هكذا على أنى إذا دفعت إليك ثمنك تدفع العين إلىّ. (عناية)

(٦) وعليه الإمام ظهير الدين، والصدر الشهيد حسام الدين.

(٧) كما فى بيع المكره.

(٨) وهو السيد الإمام أبو شجاع والقاضى الإمام على السغدى.

(٩) قوله: "لقصد إلخ" لأنهما وإن سميا بيعًا لكن غرضهما الرهن إذ العبرة للمقاصد والمعانى، فلا يملكه المرتهن، ولا يحل له الانتفاع إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره، واستهلك من عينه، والدين ساقط بهلاكه فى يده إذا كان له وفاء بالدين ولا ضمان عليه فى الزيادة إذا هلك بغير صنعه. (ع)

(١٠) قوله: "من جعله باطلا" لأنهما تكلما بلفظ البيع، وليس البيع قصدهما، فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضاء صاحبه، ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه. (ع)

(١١) وهو الانتفاع به دون البيع والهبة. (ع)

(١٢) قوله: "على ما هو المعتاد" يعنى أنهم فى عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشترى، ويرد هو المبيع على البائع من غير امتناع، ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة، ولهذا سموه بيع الوفاء، لأنه وفى عهده من رد المبيع. (ع)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) أى قبض الثمن طوعًا.

في البيع الموقوف[١]، وكذا إذا سلّم[٢] طائعًا، بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع، لأنه دليل الإجازة، بخلاف ما إذا أكره على الهبة، ولم يذكر الدفع، فوهب[٣] ودفع[٤] حيث يكون باطلا[٥] لأن مقصود المكره الاستحقاق[٦] لا مجرد اللفظ، وذلك في الهبة بالدفع، وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل[٧]، فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع.

قال: وإن قبضه[٨] مكرهًا، فليس ذلك بإجازة، وعليه[٩] رده[١٠] إن كان قائمًا في يده[١١]؛ لفساد العقد[١٢]، قال: وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن[١٣] قيمته للبائع، معناه والبائع مكره، لأنه[١٤] مضمون عليه بحكم عقد فاسد[١٥]. وللمكره[١٦] أن يضمّن المكرَه إن شاء؛ لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف[١٧]، فكأنه دفع مال البائع[١٨] إلى المشتري، فيضمن أيهما[١٩] شاء[٢٠]

---

(١) إذا قبض الثمن كان إجازة.

(٢) المبيع إلى المشتري.

(٣) أي كرهًا.

(٤) أي طائعًا.

(٥) قوله: "حيث يكون باطلا [لا جائزًا وإن دفع وسلم طائعًا]" أي فاسدًا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض، فإن تصرف فيه فقد تصرفه وعليه ضمان قيمتها. (عناية)

(٦) أي استحقاق الموهوب له أو المشتري.

(٧) قوله: "على ما هو الأصل" يريد به أن الأصل في البيع أن يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض أو الإجازة من العوارض، فلم يكن الإكراه على البيع إكراهًا على الدفع، فكان الدفع عن اختيار منه، وذا دليل الإجازة، أما الهبة في أصل الوضع، فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض، فكان الإكراه على الهبة إكراهًا على الدفع نظرًا إلى مقصود المكره، وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق، وإزالة الملك ليتضرر به لا صورة العقد. (كفاية)

(٨) أي البائع الثمن.

(٩) البائع.

(١٠) الثمن.

(١١) قوله: "إن كان [الثمن] قائمًا إلخ" وإن كان هالكًا لا يأخذ منه شيئًا، لأن الثمن كان أمانة عند المكره؛ لأنه أخذه بإذن المشتري، والقبض متى كان بإذن المالك، فإنما يجب الضمان إذا قبضه للتملك، وهو لم يقبضه للتملك، لأنه كان مكرهًا على قبضه، فكان أمانة. (كفاية)

(١٢) أي بالإكراه. (ك)

(١٣) المشتري.

(١٤) مبيع.

(١٥) أي البيع بالإكراه.

(١٦) البائع.

كالغاصب، وغاصب الغاصب، فلو ضمّن المكرِهَ رجع على المشترى بالقيمة لقيامه مقام البائع[١]، وإن ضمن المشترى[٢] نفذ كل شراء كان بعد شراءه[٣] لو تناسخته[٤] العقود، لأنه[٥] ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه، ولا ينفذ[٦] ما كان قبله، لأن الاستناد[٧] إلى وقت قبضه، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكرَه عقداً[٨] منها[٩]، حيث يجوز ما قبله وما بعده؛ لأنه[١٠] أسقط حقه، وهو[١١] المانع[١٢] فعاد الكل إلى الجواز، والله أعلم.

فصل[١٣]

وإن أكره على أن يأكل الميتة، أو يشرب الخمر، فأكره على ذلك بحبس، أو بضرب[١٤] أو قيد لم يحل له[١٥] إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه، أو على عضو

(١٧) قوله: "فيما يرجع إلى الإتلاف" أى وإن لم يصلح آلة له من حيث إنه كلام، لأن التكلم بلسان الغير لا يصح. (ك)

(١٨) المكره.

(١٩) أى المشترى والمكره.

(٢٠) فإن المالك يختار فى تضمين أيهما شاء.

(١) قوله: "لقيامه مقام البائع" أى بأداء الضمان لأن المضمون يصير ملكًا للضامن وقت سبب الضمان. (ك)

(٢) أى أحد المشتريين. (ك)

(٣) أى شراء هذا المشترى الضامن.

(٤) أى تداولته الأيدى بالبيوع.

(٥) أى لأن هذا المشترى الضامن.

(٦) أى لا ينفذ شراء كان قبل شراء هذا المشترى الضامن.

(٧) أى استناد ملك المشترى. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف إلخ" أى فإن قيل: ما الفرق بين تضمينه مشتريًا وإجازته عقداً منها، حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هناك، أجاب بقوله: لأنه أسقط حقه، يعنى فى صورة الإجازة، وهو إلخ. (ع)

قوله: "ما إذا أجاز إلخ" وبخلاف ما إذا أجاز المالك فى بيع الفضولى واحدا من الأشرية حيث يجوز ما أجازه خاصة، لأنه باع كل واحد منهم ملك غيره، وقد صار لواحد منهم ملك بات بالإجازة، فأبطل الملك الموقوف لغيره، وههنا كل واحد باع ملكه إذ بيع المكره مفيد للملك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق استرداد المالك، فإذا أسقط نفذ الكل. (كفاية)

(٩) أى من هذه العقود المتداولة.

(١٠) المالك المكره.

(١١) أى حقه.

(١٢) من النفاذ.

(١٣) قوله: "فصل" إنما فصل بفصل، لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الإكراه، ومسائل هذا الفصل ليست كذلك، لأنها محظورة قبل الإكراه فى حالة السعة. (نت)

من أعضاءه، فإذا خاف على ذلك[١] وسعه أن يقدم على ما أكره عليه، وكذا[٢] على هذا الدم ولحم الخنزير؛ لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة، كما فى حالة المخمصة[٣]، لقيام المحرم فيما وراءها[٤]، ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس، أو على العضو، حتى لو خيف على ذلك[٥] بالضرب الشديد، وغلب على ظنه ذلك[٦] يباح له ذلك[٧]، ولا يسعه أن يصبر على ما توعد[٨] به.

فإن صبر حتى أوقعوا به[٩] ولم يأكل فهو آثم، لأنه لما أبيح[١٠] كان[١١] بالامتناع معاونًا لغيره على إهلاك نفسه، فيأثم كما فى حالة المخمصة[١٢]، وعن أبى يوسف أنه لا يأثم لأنه رخصة[١٣]، إذ الحرمة قائمة، فكان آخذًا بالعزيمة[١٤].

قلنا: حالة الاضطرار مستثنى بالنص[١٥]، وهو[١٦] تكلم بالحاصل بعد الثنيا،

---

(١٤) أى يسير لا يخاف به تلف النفس أو العضو. (ع)

(١٥) أى الإقدام على أن يأكل الميتة أى يشرب الخمر. (ع)

(١) أى النفس أو العضو.

(٢) أى على التفصيل المذكور، وهو أنه إن أكره بحبس، أو ضرب، أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف على النفس أو العضو.

(٣) قوله: "المخمصة [مخمصة: گرسنگى. (من) أى المجاعة الشديدة. رد المحتار]" هو خلو البطن عن الغذاء يقال: رجل خميص البطن إذا كان طاويا خاليا، كذا فى "معالم التنزيل". (ك)

(٤) ضرورة.

(٥) أى النفس أو العضو.

(٦) أى إن تلف النفس أو العضو يحصل بذلك.

(٧) قوله: "يباح له ذلك" أقول فيه إشكال، فإن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر فى علم الأصول، وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس، أو على العضو كان طرف الفعل راجحًا، بل فرضًا، كما صرح به فى كتب الأصول. (نتائج)

(٨) توعد: بيدى ترسانيدن. (من)

(٩) أى قتلوه أو أتلفوا عضوه، ولم يتناول. (ع)

(١٠) قوله: "لأنه لما أبيح إلخ" أى لأنها فى هذه الحالة مباحة على ما بينا، وإهلاكه النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم. (تبيين)

(١١) المكرَه.

(١٢) لو لم يأكل فمات يأثم.

(١٣) قوله: "لأنه رخصة إلخ" يعنى إن الإثم ينتفى عن المضطر، ولا ينكشف الحرمة بالضرورة، قال الله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾. (ك)

(١٤) هو الحكم المشروع أولا من غير عذر.

(١٥) فى قوله تعالى: ﴿قد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم﴾.

(١٦) أى الاستثناء.

فلا محرم، فكان إباحة لا رخصة[١]، إلا أنه إنما يأثم[٢] إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، لأن في انكشاف الحرمة خفاء[٣]، فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام[٤]، أو في دار الحرب[٥].

قال[٦]: وإن أكره - علي الكفر بالله تعالي -والعياذ بالله- أو بسب رسول الله صلي الله عليه وآله وسلم بقيد، أو بحبس، أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً، حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه، أو على عضو من أعضاءه؛ لأن الإكراه بهذه الأشياء[٧] ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر[٨]، ففي الكفر وحرمته[٩] أشد[١٠] أولي وأحرى[١١]. قال: فإذا خاف علي ذلك[١٢] وسعه أن يظهر ما أمروه به[١٣]، ويورّى[١٤]، فإن أظهر ذلك وقلبه[١٥] مطمئن بالإيمان، فلا إثم عليه؛ لحديث عمار بن ياسر حين ابتلى به[١٦]، وقد قال له النبى عليه السلام*: «كيف وجدت قلبك قال

(١) قوله: "لا رخصة" فامتناعه عن التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال، حتى تلفت نفسه أو عضوه، فكان آثما لكنه إنما يأثم إذا علم إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "إلا أنه إنما يأثم إلخ" إنما قال: هذا لبيان أن الحكم بالإثم على تقدير الصبر وترك الأكل فى مسألتنا هذه ليس على إطلاقه، بل فيما إذا علم بالإباحة فى هذه الحالة، وأما إذا لم يعلم بها فلا إثم عليه فى تركه لكونه معذوراً بالجهل فى أمثال هذا بناء على الخفاء. (نت)

(٣) لأنه أمر يختص بمعرفته الفقهاء.

(٤) أى بفروع الدين.

(٥) فإنه عذر.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) أى القيد والحبس والضرب.

(٨) آنفًا.

(٩) الواو حالية.

(١٠) من حرمة الخمر.

(١١) بأن لا يكون إكراهًا.

(١٢) أى النفس أو العضو.

(١٣) من إجراء كلمة الكفر. (ع)

(١٤) قوله: "ويورى إلخ" التورية أن يظهر خلاف ما يضمر، فجاز أن يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب، وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل معنيين. (ع)

(١٥) الواو حالية.

(١٦) قوله: "لحديث عمار بن ياسر إلخ" قلت: رواه الحاكم فى "المستدرك" فى تفسير سورة النحل عن عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه قال: أخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سب النبى ﷺ، وذكر آلهتهم بخير، ثم تركوه فلما أتى رسول الله ﷺ قال: ما تركت حتى قلت منك، وذكرت آلهتهم بخير قال: فكيف تجد قلبك؟

مطمئنًا بالإيمان فقال عليه السلام فإن عادوا[١] فعد[٢]»، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿إلا من أكره[٣] وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ الآية، ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق[٤]، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه.

قال: فإن صبر حتى قتل، ولم يظهر الكفر كان مأجوراً؛ لأن خبيبا صبر على ذلك[٥]، حتى صلب[٦] وسماه رسول الله عليه السلام: «سيد الشهداء»، وقال في مثله[٧]: «هو رفيقي في الجنة»*، ولأن الحرمة[٨] باقية[٩]، والامتناع لإعزاز الدين[١٠] عزيمة، بخلاف ما تقدم[١١] للاستثناء[١٢].

قال: مطمئنًا بالإيمان، قال: فإن عادوا فعد، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٨، والدراية ج٢، الحديث٨٧٩ ص١٩٧. (نعيم)

(١) أي إلى الإكراه.

(٢) قوله: "فعد" أي إلى طمأنينة القلب لا إلى إجراء كلمة الكفر، والطمأنينة جميعًا لأن أدنى درجات الأمر الإباحة، فيكون إجراء كلمة الكفر مباحًا، وليس كذلك لأن الكفر مما لا ينكشف حرمته. (عناية)

(٣) قوله: "إلا من أكره" ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم﴾، قوله: من مبتدأ أو شرطية، والخبر أو الجواب لهم وعيد شديد دل عليه قوله: ولكن من شرح إلخ، وقوله: صدراً معناه طابت به نفسه، كذا في "الجلالين".

(٤) قوله: "لا يفوت الإيمان إلخ" لأن الركن الأصلي فيه هو التصديق، وهو قائم حقيقة، والإقرار ركن زائد، وهو قائم تقديراً، لأن التكرار ليس بشرط، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة، فكان ما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا، وفوت حق الله توهما، فيسعه الميل إلى إحياء حقه. (ع)

(٥) قوله: "صبر على ذلك إلخ" قلت: غريب، وقتل خبيب في صحيح البخاري في مواضع وليس فيه أنه صلب، ولا أن النبي ﷺ سماه سيد الشهداء، ولا أنه قال فيه: هو رفيقي في الجنة، والمعروف في قوله عليه السلام: سيد الشهداء أنه في حمزة، رواه الحاكم في "المستدرك" وقصة قتله أنه أخذه بنو لحيان، وربطوه، وباعوه في مكة من بني الحارث بن عامر بن نوفل، وكان خبيب قتل الحارث يوم بدر، فمكث عندهم أسيراً، ثم خرجوا به من الحرم ليقتلوه، فصلى ركعتين، ثم قام إليه عقبة بن الحارث، فقتله، كذا في "صحيح البخاري" وغيره. (مل)

(٦) صلبه صلبًا: بردار كشيد او را. (من)

(٧) أي فيه، وكلمة مثل زائدة. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٨٠ ص١٩٧. (نعيم)

(٨) أي حرمة إجراء كلمة الكفر.

(٩) لتناهي قبح الكفر.

(١٠) قوله: "والامتناع لإعزاز الدين" فإذا بذل نفسه لإعزاز الدين ولإقامة حق الله تعالى، وحق غيره من العباد كان شهيداً. (تبيين)

(١١) قوله: "بخلاف ما تقدم [من الحرمة]" من أكل الميتة وشرب الخمر فإن الحرمة هناك لم تكن باقية الاستثناء، واعترض عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضًا مستثنى بقوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ من قوله: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه﴾، فينبغي أن يكون مباحًا كأكل الميتة وشرب الخمر.

قال[١]: وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه، أو على عضو من أعضاءه، وسعه أن يفعل ذلك؛ لأن مال الغير يستباح للضرورة، كما في حالة المخمصة[٢]، وقد تحققت، ولصاحب المال أن يضمن المكره[٣]؛ لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له[٤]، والإتلاف من هذا القبيل[٥].

وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه، ويصبر حتى يقتل فإن قتله كان آثماً؛ لأن قتل المسلم[٦] مما لا يستباح لضرورة ما، فكذا بهذه الضرورة[٧]، والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً.

قال[٨]: وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال زفر: يجب على المكره، وقال أبو يوسف: لا يجب عليهما[٩]، وقال الشافعي: يجب عليهما. لزفر أن الفعل من المكره حقيقة[١٠] وحساً[١١]، وقرر الشرع حكمه[١٢] عليه وهو[١٣] الإثم، بخلاف الإكراه على

وأجيب بأن في الآية تقديماً وتأخيراً، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه، وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم، إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه، وإنما دفع عنه العذاب والعقاب، وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة، لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة، كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض، فإن السبب موجود والحكم متأخر، فجاز أن يكون الغضب منفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب، وهي الحرمة، فلم يثبت إباحته إجراء كلمة الكفر. (ع)

(١٢) قوله: "للاستثناء" يعني قوله تعالى: ﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾ وأول الآية: ﴿وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾. (كفاية)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) فإنه يباح مال الغير.

(٣) قوله: "أن يضمن المكره" بكسر الراء، إذ في الأفعال يصير الفاعل آلة للحامل. (شرح وقاية)

(٤) أي في الأفعال لا في الأقوال.

(٥) قوله: "والإتلاف من هذا القبيل" إذ المكره يمكن أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه، وقوله: فيما يصلح احتراز عن الأكل والتكلم والوطئ، فإنه فيها لا يصلح آلة له. (عناية)

(٦) بغير حق. (ع)

(٧) أي الإكراه.

(٨) أي المصنف.

(٩) أي على المكرَه والمكره.

(١٠) قوله: "حقيقةً وحساً [لصدوره منه من غير واسطة. ع]" كذا شرعا لأنه يأثم به، وهذا لأن القتل فعل حسي، وقد تحقق من المكره، والأصل في الأفعال أن يؤاخذ بها فاعلها إلا إذا سقط حكم فعله شرعًا، وأضيف إلى غيره، كما في الإكراه على إتلاف مال الغير، فإنه سقط حكمه، وهو الإثم عن الفاعل، وأضيف إلى غيره وههنا لم يسقط حكمه بدليل أنه يأثم إثم القتل، وإثم القتل يكون على القاتل. (تبيين)

(١١) لأنه معاين مشاهد. (ع)

(١٢) القتل.

إتلاف مال الغير؛ لأنه سقط[١] حكمه[٢] وهو الإثم، فأضيف[٣] إلى غيره[٤]، وبهذا[٥] يتمسك الشافعى فى جانب المكره، ويوجبه[٦] على المكره أيضًا لوجود التسبيب إلى القتل منه، وللتسبيب فى هذا[٧] حكم المباشرة[٨] عنده[٩] كما فى شهود القصاص[١٠]. ولأبى يوسف أن القتل بقى مقصورًا على المكره من وجه نظرًا إلى التأثيم[١١]، وأضيف[١٢] إلى المكره من وجه نظرًا إلى الحمل[١٣]، فدخلت الشبهة فى كل جانب[١٤]. ولهما: أنه محمول على القتل بطبعه إيثارًا لحياته، فيصير آلة للمكره[١٥] فيما يصلح آلة له، وهو القتل بأن يلقيه عليه، ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه[١٦]، فيبقى الفعل مقصورًا عليه فى حق الإثم، كما تقول فى الإكراه على الإعتاق[١٧]، وفى إكراه المجوسى على ذبح شاة الغير[١٨] ينتقل الفعل إلى المكره فى

---

(١٣) أى حكم القتل.

(١) عن المكره.

(٢) الإتلاف.

(٣) الإتلاف.

(٤) أى غير المكره بالفتح.

(٥) أى بدليل زفر.

(٦) الشافعى القصاص.

(٧) أى فى القتل. (ك)

(٨) قوله: "حكم المباشرة" فإن السبب العام ينزل منزلة المباشرة فى حق وجوب القصاص عنده. (تبين)

(٩) أى عند الشافعى.

(١٠) قوله: "كما فى شهود القصاص" فإن الشاهدين او شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه، ثم جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان عنده. (ك)

(١١) فإن الإثم عليه.

(١٢) القتل.

(١٣) أى الإكراه، فإنه حمله على القتل. (ك)

(١٤) والقصاص يندفع بالشبهة. (ف)

(١٥) قوله: "فيصير آلة إلخ" وذلك لأن الآلة هى التى تعمل بطبعها كالسيف فإن طبعه القطع عند الاستعمال فى محله، وكالنار فإن طبعها الإحراق، وكالماء، فإن طبعه الإغراق، وإذا كان كذلك ففى الجرى على موجب الطبع مشابهة بالآلة، ولو استعمل القاتل آلته التى هى السيف فى شخص ظلمًا، فقتله يجب القصاص على القاتل، فكذا يجب القصاص على المكره ههنا لكون المكره آلة له. (ك)

(١٦) قوله: "ولا يصلح آلة له إلخ" [أى فإن قيل: لو كان آلة لأضيف الإثم إلى المكره كالقتل أجاب عنه بقوله: ولا يصلح إلخ. ع] لأنه أكرهه على أنه يجنى على دينه، ولو انتقل ذلك إلى المكره لتحقق خلاف المكره، وبطلان الإكراه، وعود الفعل إلى المحل الأول. (ك)

الإتلاف دون الذكاة[١]، حتى يحرم كذا هذا.

قال[٢]: وإن أكره على طلاق امرأته، أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا خلافًا للشافعي وقد مر[٣] في الطلاق[٤].

قال[٥]: ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد؛ لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف، فانضاف[٦] إليه، فله أن يضمنه موسرًا كان أو معسرًا[٧]، ولا سعاية على العبد؛ لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية[٨]، أو لتعلق حق الغير، ولم يوجد واحد منهما، ولا يرجع المكره على العبد بالضمان[٩] لأنه مؤاخذ بإتلافه[١٠].

قال[١١]: ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان[١٢] قبل الدخول[١٣]، وإن لم يكن فى

(١٧) قوله: "كما تقول فى الإكراه على الإعتاق" يعنى أن الإعتاق مقصور على المكره من حيث التلفظ به، وحصول العتق فى المحل حتى كان الولاء له، لأنه لم يصلح آلة للمكره بهذا الاعتبار، ومن حيث إتلاف المالية يضاف إلى المكره حتى يكون ضامنًا للمالية. (ك)

(١٨) قوله: "وفى إكراه المجوسى [أى إكراه المسلم المجوسى] إلخ" أى كذا فى إكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره من حيث الإتلاف حتى يكون ضامنا، ويقتصر على المجوسى فى حق الذكاة حتى يحرم الذبيحة، لأنه صلح آلة للمشير فى حق الإتلاف دون الذكاة، لأن الحرمة يحتاط فيها. (ك)

(١) ذكا الشاة ذكاه گلو بر يد گوسپند را. (من)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) من أن طلاق المكره واقع.

(٤) أى فى فصل من كتاب الطلاق.

(٥) أى القدروى. (عينى)

(٦) الإتلاف.

(٧) قوله: "موسرًا كان أو معسرًا" لأنه ضمان إتلاف فلا يختلف باليسار والإعسار، كذا فى "الكافى" وغيره. (نت)

(٨) قوله: "لأن السعاية إنما تجب للتخريج [وقد خرج. ع] إلى الحرية" كما هو مذهب أبى حنيفة، فإن المستسعى كالمكاتب عنده، أو لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما، لأن عندهما إنما يجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد، وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق لأنه لا حق ههنا لغير المعتق، ولا نظير له فى الشرع، ولا يلزم على قولهما إعتاق السفيه المحجور حيث يعتق ويجب السعاية على العبد، لأنه تعلق به حق المحجور نظرًا له، ولا يستوفى حقه من محل آخر بخلاف المكره فإنه غير محجور. وقيل: قوله: لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض إذا أعتق عبده وعليه دين، فهناك يجب السعاية لحق الغرماء، وكذلك الراهن إذا أعتق المرهون، وهو معسر فإنه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن. (مل)

(٩) أى بالقيمة.

(١٠) قوله: "لأنه مؤاخذ إلخ" يعنى أن المكره إنما ضمن من حيث إنه جعل متلفا للعبد حكمًا، فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيئًا. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) الطلاق.

(١٣) والخلوة الصحيحة.

العقد مسمّى، يرجع على المكره بما لزمه من المتعة[١]؛ لأن ما عليه[٢] كان على شرف[٣] السقوط، بأن جاءت الفرقة من قبلها[٤]، وإنما يتأكد بالطلاق فكان[٥] إتلافًا للمال من هذا الوجه، فيضاف إلى المكره من حيث إنه إتلاف، بخلاف ما إذا دخل بها[٦]؛ لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق[٧].

ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل[٨] جاز استحسانًا[٩]؛ لأن الإكراه مؤثر في فساد العقد[١٠]، والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة[١١]، ويرجع[١٢] على المكره استحسانًا[١٣]؛ لأن مقصود المكره زوال ملكه[١٤] إذا باشر الوكيل، والنذر لا يعمل فيه الإكراه[١٥]؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، ولا رجوع على

---

(١) قوله: "من المتعة" لا تنقص المتعة عن خمسة دراهم، ولا تزاد على نصف مهر المثل، وهي درع، أي قميص المرأة، وخمار أي ما تخمر به الرأس، أي تغطي وملحفة ما يلحف به من قرنها إلى قدمها. (مجمع الأنهر)

(٢) أي على الزوج أي نصف المهر أو المتعة. (ع)

(٣) شرف بر امر بزرگ رسيدن.

(٤) بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج. (تبيين)

(٥) الإكراه.

(٦) فلو كانت موطوءة، فلا يرجع على المكره بالكسر بما أدى من المهر.

(٧) قوله: "لا بالطلاق" فبقي مجرد إتلاف ملك النكاح، وأنه ليس بمال، فلا يضمن بالمال، لأنه لا مماثلة بين ما هو مال، وما ليس بمال متقوم، وتقومه عند التملك بالنكاح لإظهار خطر المهر، وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه ألا ترى أن إزالة الملك بغير شهود، وبغير ولي صحيح، فلا حاجة إلى إظهار الخطر عند إتلاف الملك، فلهذا لا يضمن المتلف شيئًا، ولهذا لا يجب على شاهدي الطلاق بعد الدخول ضمانًا عند الرجوع. (ك)

(٨) أي طلق أو أعتق. (ع)

(٩) قوله: "جاز استحسانًا [ونفذ تصرف الوكيل. ك]" والقياس أن لا يصح الوكالة مع الإكراه لأن الأصل أن كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الإكراه، وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الإكراه، لأنهما ينفيان الرضاء والوكالة تبطل بالهزل، فكذا مع الإكراه. (كافي)

(١٠) ألا ترى أن الإكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده.

(١١) قوله: "لا تبطل [أي لا تفسد] إلخ" فإنها من الإسقاطات، إذ الموكل يسقط حقه بالتفويض إليه، فإذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل. (ك)

(١٢) أي المكره بنصف المهر وقيمة العبد. (ك)

(١٣) قوله: "استحسانًا" والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل، فيضاف التلف إليه، كما في الشاهدين إذا شهدا أن فلانًا وكل فلانًا بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا. (ع)

(١٤) قوله: "زوال ملكه" فكان الزوال مقصودة، فيضمن، ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه. (ك)

(١٥) قوله: "والنذر لا يعمل فيه الإكراه [أي يصح النذر مع الإكراه]" أي من حيث منع الصحة لأن الإكراه يفوت الرضاء وفوت الرضاء يؤثر في عدم اللزوم، وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ، فالإكراه يمكن المكره من الفسخ

المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا[١]، فلا يطالب به فيها. وكذا اليمين[٢] والظهار[٣] لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ[٤]، وكذا الرجعة[٥] والإيلاء[٦] والفيء فيه باللسان؛ لأنها تصح مع الهزل والخلع[٧] من جانبه[٨] طلاق[٩] أو يمين[١٠] لا يعمل فيه الإكراه، فلو كان هو[١١] مكرهًا على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام.

قال[١٢]: وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد[١٣] عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه

بعد التحقق، فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه، فيصح النذر مع الإكراه. (عناية)

قوله: "لا يعمل فيه إلخ" حتى لو أكره بوعيد تلف على أن يوجب على نفسه صدقة أو صومًا، أو حجًا ماشيًا يتقرب به إلى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا إن أكرهه على اليمين بشيء من ذلك أو بغيره لأن النذر مما لا يلحقه الفسخ، لأنه يمين لقوله عليه السلام: «النذر يمين» وهي مما لا يحتمل الفسخ. (ك)

(١) قوله: "لأنه لا مطالب له فيها إلخ" يعني أنه ما وجب عليه حكما يطالب به في الآخرة ولا يظهر أثره في الدنيا من حيث الإلزام، فلو أوجبنا الضمان لأخذه الحاكم وحبسه، فيكون زائدًا على ما أوجبه، وهذا لا يجوز. (كافي)

(٢) قوله: "وكذا اليمين إلخ" أي كذا إذا أكره على يمين، فحلف انعقدت أو على ظهار فظاهر صح لعدم احتمالهما الفسخ، وما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه. (مل)

(٣) سواء كان اليمين على الطاعة، أو على المعصية. (تبيين)

(٤) قوله: "لعدم احتمالهما الفسخ" فإن أكره على إعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعله أجزاه عنها. (ع)

(٥) قوله: "وكذا الرجعة" أي إن أكره على الرجعة ففعل صح، أو على إيلاء فآلى، أو على فيء إليها باللسان ففعل صح، لأنها أي الرجعة والإيلاء والفيء تصح مع الهزل، وما صح مع الهزل لا يجتمع الفسخ.

فإن ترك الفيء إليها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره، لأنه كان متمكنًا من القربان في المدة، فإذا لم يفعل كان ذلك رضا عنه بما لزمه من الصداق، وإن أقر بها وكفر لم يرجع على المكره بشيء لأنه أتى بضد ما أكره عليه. (عناية)

(٦) قوله: "والإيلاء" الإيلاء حلف بمنع وطئ الزوجة مدة الإيلاء وهي للحرة أربعة أشهر وللأمة شهران، والفيء هو الرجوع عن الإيلاء الذي هو اليمين والفيء القولي هو أن يقول مثلا: فئت إليها، كذا في "الوقاية" وغيرها. (قمر الأقمار)

(٧) قوله: "والخلع إلخ" أي إذا أكره على أن يخلع امرأته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق، وهو ظاهر، والإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل، فكذا ببدل، أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الإكراه، فلو كان مكرهًا على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بإزاء ما سلم لها من البينونة ولا شيء على المكره للزوج، لأنه أتلف عليه ما ليس بمال، وهو النكاح، فلا يضمن. (عناية)

(٨) زوج.

(٩) في المآل.

(١٠) في الحال.

(١١) زوج.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "وجب عليه [أي على الزاني] الحد" لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آلته، وذلك لا يكون إلا بلذة، وذلك دليل الطواعية، بخلاف المرأة فإنها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها، ولا يكون التمكين

السلطان[١]، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلزمه الحد[٢]، وقد ذكرناه في الحدود.

قال[٣]: وإذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه؛ لأن الردة تتعلق بالاعتقاد[٤]؛ ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنًا بالإيمان لا يكفر، وفي اعتقاده الكفر شك، فلا يثبت البينونة بالشك.

فإن قالت المرأة: قد بنت منك، وقال هو: قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحسانًا[٥]؛ لأن اللفظ[٦] غير موضوع للفرقة[٧]، وهي بتبدل الاعتقاد، ومع الإكراه لا يدل[٨] على التبدل[٩]، فكان القول قوله، بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلمًا، لأنه لما احتمل[١٠] واحتمل رجّحنا الإسلام في

دليل الطواعية. (ع)

(١) قوله: "إلا أن يكرهه السلطان" فإن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه، إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه، ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان، فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له. (ع)

(٢) قوله: "لا يلزمه الحد" لأن الحد للزجر، ولا حاجة مع الإكراه، لأن الانزجار كان حاصلا إلى أن حصل خوف التلف على نفسه، فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة، فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه، وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف، لأنه أمر طبعي ينتشر من النائم من غير اختيار.

وأما تقييد الإكراه بالسلطان فقد قيل: إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب، وقيل: من قبيل اختلاف الحكم، ووجه قولهما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئًا، وذلك بقدرة المكره على الإيقاع، وخوف المكره الوقوع كما مر، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققًا. (ع)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "لأن الردة إلخ" يجوز إن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال: إن الردة بتبدل الاعتقاد، وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل، وهو الإكراه، والثاني أن يقال: الردة باعتقاد الكفر، وفي اعتقاده الكفر شك، لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان، وقيام الإكراه يصرف عن صحة الترجمة، فلا يترتب البينونة على الكفر بالشك. (ع)

(٥) قوله: "استحسانًا" والقياس أن يكون القول لها، حتى يفرق بينهما لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها كالتكلم بالطلاق، فيستوي فيها المكره، والطائع كلفظ الطلاق. (تبيين)

(٦) يعني كلمة الكفر.

(٧) قوله: "غير موضوع للفرقة" يعني لم يظهر فيها ظهوراً بينا من حيث اللفظ حتى يكون صريحًا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث إن اللفظ دليل ترجمة لما في القلب، فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الإكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحًا يقوم لفظه فيه مقام معناه، فلهذا كان القول قوله. (ع)

(٨) هذا اللفظ.

(٩) أي تبدل الاعتقاد.

(١٠) قوله: "لأنه لما احتمل إلخ" أي لأن الشان لما احتمل الإسلام الوجود، واحتمل اللفظ، وتردد بين قصد الوجود وعدمه رجحنا الإسلام في الحالين، وهذا أولى من أن يقال: معناه يحتمل أن يوافق اللفظ الاعتقاد، ويحتمل أن لا يوافق، فرجحنا الإسلام في الحالين. ومن أن يقال: معناه رجحنا الإسلام في حال الإكراه على الردة، وفي حال الإكراه على الإسلام لبعدهما عن الظاهر. (أعظمي)

الحالين؛ لأنه يعلو ولا يعلى[١]. وهذا[٢] بيان الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده، فليس بمسلم[٣]، ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه، ثم رجع[٤] لم يقتل لتمكن الشبهة[٥]، وهي دارئة للقتل. ولو قال[٦] الذي أكره على إجراء كلمة الكفر: أخبرت عن أمر ماضٍ، ولم أكن فعلت[٧] بانت منه حكمًا لا ديانةً، لأنه أقرّ أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه[٨]، وحكم هذا الطائع ما ذكرناه[٩]، ولو قال: أردت ما طلب مني[١٠]، وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانةً وقضاءً، لأنه أقرّ أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصًا[١١] غيره[١٢].

وعلى هذا إذا أكره على الصلاة[١٣] للصليب[١٤]، وسب محمد النبي عليه السلام، ففعل، وقال: نويت به الصلاة لله تعالى، ومحمدًا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة، ولو صلى للصليب وسبّ محمد النبي عليه السلام،

(١) قوله: "لأنه [أي لأن الإسلام] يعلو إلخ" فيجب ترجيحه على ما يقابله من المحتمل الآخر. (أعظمي)

(٢) أي كونه مسلمًا.

(٣) قوله: "فليس بمسلم" كأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام الماتريدي، وهو المنقول عن أبي حنيفة: الإيمان هو التصديق والإقرار باللسان شرط لإجراء الأحكام، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه، فإنهم يجعلون الإقرار ركنًا. (ع)

(٤) عن الإسلام.

(٥) قوله: "لتمكن الشبهة [أي شبهة عدم الارتداد. ع]" لاحتمال عدم الإسلام من الابتداء، فيكون كفره أصيلا لعدم صحة إسلامه. (تبيين)

(٦) أي في جواب قولها: قد بنت منك. (ع)

(٧) أي لم أكن فعلت الكفر في الزمان الماضي، وإنما أخبرت كاذبًا.

(٨) قوله: "لأنه أقر أنه طائع بإتيان مالم يكره عليه" لأنه أكره على إنشاء الكفر، والإخبار غير الإنشاء، وهو طائع فيه، ومن أقر بالكفر فيما مضى طائعًا، ثم قال: عنيت به كذبا لا يصدقه القاضي، لأنه خلاف الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين ربه، لأنه نوى ما يحتمله لفظه. (ك)

(٩) إشارة إلى قوله: بانت منه حكمًا لا ديانةً. (ك)

(١٠) أي الإنشاء.

(١١) قوله: "حيث علم لنفسه إلخ" لأنه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلي به بأن ينوي ذلك، والضرورة قد اندفعت بهذا الإمكان، فإذا لم يفعل، وأنشأ الكفر كان كمن أجرى كلمة الكفر طائعًا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة. (عناية)

(١٢) أي غير ابتداء الكفر.

(١٣) أي على السجدة للصليب. (ك قال في "المبسوط": وهذه المسألة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر. (ك)

(١٤) قوله: "للصليب" في "منتهى الأرب": صليب كأمير چليپاى ترسايان، وفي "المغرب": الصليب شيء مثلث كالتمثال تعبده النصارى.

وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى، وسب غير النبى عليه السلام بانت منه ديانةً وقضاءً[١] لما مر[٢]، وقد قررناه زيادة على هذا فى "كفاية المنتهى"، والله أعلم.

كتاب الحجر[٣]

قال[٤]: الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر، والرق، والجنون[٥]، فلا يجوز[٦] تصرف الصغير إلا بإذن وليه[٧]، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده[٨]، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب[٩] بحال[١٠]. أما الصغر فلنقصان عقله غير أن إذن الولى آية أهليته، والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده[١١]، ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضى بفوات حقه، والجنون لا يجامعه الأهلية، فلا يجوز تصرفه بحال[١٢]، أما العبد[١٣] فأهل فى نفسه، والصبى يرتقب[١٤] أهليته

---

(١) قوله: "بانت منه ديانةً وقضاءً" لأنه يمكنه دفع ما أكره عن نفسه لأنه لما خطر بباله شتم محمد غير النبى، فقد وجد مخرجاً عما ابتلى به، ثم لما ترك ما خطر على باله، وشتم محمداً النبي عليه السلام كان كافراً، لأنه كان غير مضطر فى موافقة المكره، وإن لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب أو سب محمداً وقلبه مطمئن بالإيمان لم تبن منكوحته لا قضاء ولا ديانة، لأنه فعل مكرهاً، لأنه تعين ما أكره عليه، ولم يمكنه دفعه عن نفسه، إذ لم يخطر بباله غيره. (ك)

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره. (ع)

(٣) قوله: "كتاب الحجر" أورد الحجر عقيب الإكراه، لأن فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب الاختيار، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيراً لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح، وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم. (نت)

قوله: "الحجر" ثم الحجر لغةً: المنع مصدر حجر عليه، وشرعًا: منع مخصوص، وهو المنع من التصرف القولى لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر بأى سبب كان. (معراج الدراية)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "الصغر والرق والجنون [والعته داخل فى الجنون]" هذه الثلاثة بالاتفاق، وألحق بها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضاً، وهى المفتى الماجن والمتطبب الجاهل، والمكارى المفلس، وأما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيداً فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، كذا فى الشروح. (نت)

(٦) أى لا ينفذ. (ك)

(٧) لصغير.

(٨) للعبد.

(٩) قوله: "المجنون المغلوب" أما الذى لا يكون مغلوبًا، وهو الذى يعقل البيع ويقصده، فإن تصرفه كتصرف الصبى العاقل، كما سيجيء. (عناية)

(١٠) أى الذى لا يفيق أصلا، فى جميع الأحوال. (ك)

(١١) قوله: "كيلا يتعطل إلخ" فإنه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذى باشره وشراه، فلحقه ديون، فيأخذ أربابها أكسابه التى هى منفعة المولى، وذلك تعطيل. (عناية)

(١٢) أصلا.

(١٣) العاقل البالغ.

فلهذا وقع الفرق[١].

قال[٢]: ومن باع[٣] من هؤلاء[٤] شيئًا، أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصد[٥]، فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه؛ لأن التوقف في العبد لحق المولى، فيتخير[٦] فيه، وفي الصبي والمجنون نظرًا لهما، فيتحرى[٧] مصلحتهما فيه، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد، فينعقد[٨] موقوفًا على الإجازة[٩]، والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن[١٠] كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه[١١] الذي يصلح وكيلا عن غيره، كما بينا في الوكالة. فإن قيل: التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ[١٢] على المباشر، قلنا: نعم، إذا وجد نفاذًا عليه[١٣] كما في شراء الفضولي[١٤]، وههنا لم يجد نفذا لعدم الأهلية[١٥]، أو لضرر المولى[١٦] فوقّفناه.

قال: وهذه المعاني الثلاثة[١٧] توجب الحجر في الأقوال[١٨] دون الأفعال[١٩]؛

---

(١٤) ارتقبه: چشم داشت آن را. (من)

(١) بين العبد والصبي، وبين المجنون.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) وكذا كل تصرف فيه تردد بين النفع والضرر.

(٤) قوله: "من هؤلاء" المراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق، وهو المعتوه لا الذي ذهب عقله، فإن تصرفه لا يصح وإن لحقه الإجازة لعدم الانعقاد. (ك)

(٥) قوله: "وهو يعقل إلخ" المراد بقوله يعقل البيع أن يعرف أن البيع جالب للثمن سالب للمبيع، والشراء بالعكس وبقوله: ويقصده أن يقصد إثبات الحكم، وفيه احتراز عن الهازل فإنه لا يقصد حكمه. (ك)

(٦) المولى.

(٧) تحراه: قصد كرد آن را. (من)

(٨) العقد.

(٩) أي إجازة الولي.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "وهو المعتوه" وهو ناقص العقل، وقيل: هو المدهوش من غير جنون، وفي تفسيره اختلاف كثير، وأحسن ما قيل فيه ما هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يشتم ولا يضرب، كما يفعل المجنون. (تبيين)

(١٢) لا التوقف.

(١٣) أي على المباشر.

(١٤) أي الفضولي إذا اشترى مال إنسان لآخر فإنه ينفذ عليه ولا يتوقف. (ك)

(١٥) في الصبي والمجنون.

(١٦) في العبد.

(١٧) أي الصغر والرق والجنون.

لأنه[١] لا مردّ[٢] لها لوجودها[٣] حسًا ومشاهدة، بخلاف الأقوال، لأن[٤] اعتبارها موجودة بالشرع[٥]، والقصد من شرطه[٦].

إلا إذا كان فعلا[٧] يتعلق به[٨] حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص، فيجعل عدم القصد[٩] في ذلك شبهة[١٠] في حق الصبي والمجنون.

---

(١٨) قوله: "في الأقوال" اللام في قوله: الأقوال للتجنس، والمراد بها الأقوال التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء فإن هذه الأقوال تتوقف على الإجازة، والأقوال التي يتمحض ضررًا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فإنه يمكنه الطلاق، فهذه الأقوال باطلة من الأصل، فالحجر في الأولى يوجب التوقف على الإجازة، وفي الثانية يوجب الإعدام من الأصل، وأما الأقوال التي يتمحض نفعًا كقبول الهبة والصدقة والهدية فإنه لا حجر فيها على العموم. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(١٩) أي هذه المعاني الثلاثة لا توجب الحجر في الأفعال. (ع)

(١) قوله: "لأنه لا مرد لها إلخ" فإنه إذا قتل إنسانًا أو قطع يده، أو أراق شيئًا لا يمكن أن يجعل القتل والقطع والإراقة كالعدم لأنه يؤدي إلى أن لا يكون المقتول والمقطوع والمراق مقتولا ومقطوعًا ومراقًا، وهو دخول في السوفسطائية وإنكار الحقائق. (ك)

(٢) مرد بفتحتين وتشديد دال گردانيدن، وقبول نكردن. (م)

(٣) قوله: "لوجودها حسًا ومشاهدة" ويحصل بها إتلاف، والإتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا إتلاف. (ع)

(٤) قوله: "لأن [أي لأن اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع. ع] اعتبارها موجودة بالشرع" أما الإنشاءات فظاهر إذ التطليق والإعتاق والبيع والهبة ونحوها لا تؤثر في المحل حسًا، وإنما صار المحل محرما ومحررًا ومملوكًا بالشرع، وأما الإخبارات كالأقارير والشهادات، فموجبها عرفت شرعا لأنها دلالات على المخبر عنه فيجوز أن لا يقع دلالة لأنها تحتمل الصدق والكذب بذاتها. (ك)

(٥) قوله: "بالشرع" فلها مساغ الرد بعدم اعتبار الشرع وجودها، فيصح توقفها. (أعظمي)

(٦) قوله: "والقصد من شرطه" أي القصد شرط اعتبارها موجودة إذ الكلام المعتبر ما يكون موجودًا بصورته ومعناه، ومعنى الكلام لا يوجد إلا بالقصد وهو يكون بالعقل واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد، فالنائم إذا انقلب على مال إنسان وأتلفه يضمن وإن عدم القصد. (ك)

قوله: "والقصد من شرطه" أورد عليه في "نتائج الأفكار": بأن الطلاق والإعتاق والعفو عن القصاص والنذر كلها من الأقوال معتبرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط فيها، ولهذا يقع الطلاق هازلا، انتهى، أقول: هذا ليس بشيء، فإنهم صرحوا باشتراط القصد فيها أيضًا، حتى لا يقع الطلاق بمن يقرأ زوجته الفقه، ويقول مخاطبا إليها على سبيل التمثيل: أنت طالق لعدم قصد الخطاب بالطلاق إليها، نعم لا يشترط قصد مدلولاتها، والمراد بالقصد ههنا هو الأول. (أبو الحسنات عفا الله عنه)

قوله: "من شرطه" أي من شرط ذلك الاعتبار، وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل، فينتفي المشروط به، وأما في العبد فالقصد وإن وجد فيه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره. (عناية)

(٧) قوله: "إلا إذا كان إلخ" استثناء من قوله: لا مرد لها، يعني أن الأفعال إذا وجدت لا مرد لها إلا إذا كان فعلا إلخ. (ع)

(٨) قوله: "يتعلق به" قد يؤثر الحجر في فعل يتعلق به حكم كالبيع بالتعاطي فإنه غير معتبر من الصبي والمجنون مع أن ما يتعلق به حكم لا يندرئ بالشبهات. (ملا إله داد)

(٩) قوله: "فيجعل عدم القصد" أي دليل عدم القصد في ذلك الفعل شبهة في حق الصبي والمجنون كما جعل

قال[١]: والصبي والمجنون[٢] لا يصح[٣] عقودهما ولا إقرارهما؛ لما بينا[٤]، ولا يقع طلاقهما ولا إعتاقهما؛ لقوله عليه السلام[٥]: «كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه»*، والإعتاق يتمحض مضرة، ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة[٦]، ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة، فلهذا لا يتوقفان[٧] على إجازته، ولا ينفذان بمباشرته، بخلاف سائر العقود[٨].

وإن أتلفا[٩] شيئًا لزمهما ضمانه[١٠]؛ إحياء لحق المتلف عليه، وهذا لأن كون الإتلاف موجبًا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم[١١] عليه، والحائط المائل[١٢] بعد الإشهاد، بخلاف القولي على ما بيناه[١٣].

دليل عدم القصد بحسب الآلة في الضرب بالمثقل شبهة في حق العاقل البالغ فلا يجب القصاص. (أعظمي)

(١٠) دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص. (ع)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "والصبي إلخ" إنما أعاد المسألة تفريعًا على الأصل المذكور أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال، ولينساق القوليات في موضع واحد. (ع)

(٣) أي لا ينفذ. (ع)

(٤) إشارة إلى قوله: والقصد من شرطه. (ع)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الترمذي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»، انتهى، وأخرج ابن ماجة عن علي قال: قال رسول الله ﷺ: «يرفع القلم عن الصغير والمجنون والنائم». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦١، والدراية ج٢، الحديث٨٨١ ص١٩٨. (نعيم)

(٦) قوله: "ولا وقوف للصبي إلخ" أي الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة، وأما في المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين أخلاقهما، وتنافر طباعهما عند البلوغ حد الشهوة، ولا علم له بذلك والولي وإن أمكن أن يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة، فلهذا إلخ. (ع)

(٧) طلاق وإعتاق.

(٨) من البيع والشراء وغيرهما، لإمكان وقوف الولي على المصلحة فيها.

هذا بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور. (ع)

قوله: "لزمهما ضمانه" لما ذكرنا أنهم غير محجورين عليهم في حق الفعل إذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع، فيترتب عليه موجبه. (تبيين)

(١١) قوله: "النائم" أي النائم إذا انقلب على رجل فقتله فالنائم ليس من أهل القصد أصلا، وإنما وجبت الكفارة عليه لترك التحرز عن نومه في موضع يتوهم أن يصير قاتلا. (شامي)

(١٢) قوله: "والحائط [الحائط إذا تلف به شيء ويضمن صاحب الحائط، وإن عدم القصد من صاحبه في سقوطه. ك] المائل" مال حائط إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف من حيوان أو مال إن طالب ربه بنقضه مكلف مسلم، أو ذمي

قال[1]: فأما العبد[2] فإقراره نافذ في حق نفسه؛ لقيام أهليته غير نافذ في حق مولاه؛ رعاية لجانبه، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته[3] أو كسبه[4]، وكل ذلك إتلاف ماله.

قال[5]: فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية؛ لوجود الأهلية، وزوال المانع، ولا يلزمه في الحال لقيام المانع[6]، وإن أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال؛ لأنه مبقي على أصل الحرية في حق الدم[7]، حتى لا يصح إقرار المولى عليه[8] بذلك[9]، وينفذ طلاقه؛ لما روينا[10]، ولقوله عليه السلام*: «لا يملك العبد[11] والمكاتب شيئًا إلا الطلاق[12]»، ولأنه[13] عارف بوجه المصلحة فيه، فكان أهلا، وليس فيه إبطال ملك المولى، ولا تفويت منافعه، فينفذ، والله أعلم.

حر أو مكاتب، وإن لم يشهد ولم ينقضه، كذا في "الدر المختار".

وقال الشامي: قوله: وإن لم يشهد، أي على طلب النقض، قال الزيلعي: وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند جحوده، أو جحود عاقلته، فكان من باب الاحتياط لا على سبيل الشرط.

(١٣) أي من أن القصد من شرطه. (ك)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "فأما العبد إلخ" معطوف على قوله: والصبي والمجنون لا يصح عقودهما إلخ. (ع)

(٣) العبد.

(٤) العبد.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) وهو حق المولى.

(٧) قوله: "في حق الدم" لأن الحدود والقصاص من خواص الآدمية، وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمي، وإن كان مملوكًا من حيث إنه مال، ولهذا لا يصح إقرار المولى عليه بهما، فإذا بقي على أصل الحرية فيهما ينفذ إقراره فيهما، لأنه أقر بما هو حقه، وبطلان حق المولى ضمني. (ك)

(٨) العبد.

(٩) أي بحد أو قصاص.

(١٠) قوله: "لما روينا" أراد به ما ذكر قبيل هذا، وهو كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٥، والدراية ج٢، الحديث٨٨٢ ص١٩٨. (نعيم)

(١١) قوله: "لا يملك إلخ" قلت: غريب، وأخرج ابن ماجة في سننه في الطلاق عن ابن عباس قال: فأتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله ﷺ إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد النبي ﷺ المنبر وقال: «يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ الساق»، انتهى. (ت)

(١٢) قوله: "إلا الطلاق" فإن قيل: قوله عليه السلام: «لا يملك العبد والمكاتب شيئًا إلا الطلاق» يقتضي أن لا يملك الإقرار بالحد والقصاص، قلنا: لما بقي على أصل الحرية فيهما يكون هذا إقرارًا الحر لا إقرارًا لعبد. (ك)

(١٣) العبد.

باب الحجر للفساد(١)

قال أبو حنيفة(٢): لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه، وتصرفه فى ماله جائز وإن(٣) كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه(٤)، ولا مصلحة.

وقال أبو يوسف ومحمد وهوقول الشافعى: يحجر على السفيه، ويمنع من التصرف فى ماله؛ لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل، فيحجر عليه نظراً له، اعتباراً بالصبى بل أولى(٥)، لأن الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير، وفى حقه حقيقته، ولهذا منع عنه المال(٦)، ثم هو لا يفيد بدون الحجر، لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده.

ولأبى حنيفة أنه مخاطب(٧) عاقل(٨)، فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد، وهذا(٩) لأن فى سلب ولايته إهدار آدميته، وإلحاقه بالبهائم، وهو أشد ضرراً من

---

(١) قوله: "باب الحجر للفساد [غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع. ع]" أخر هذا الباب لأن اسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية، وسبب الحجر ههنا مكتسب، والسماء فى التأثير أقوى، فكان بالتقديم أولى، ولأن الحجر فى الأول متفق عليه، وفى الثانى مختلف فيه، والمتفق عليه أحرى بالتقديم.

ثم اعلم أن تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد، مبنى على قول أبى يوسف ومحمد، لا على قول أبى حنيفة، فإنه لا يرى الحجر للفساد أصلا. (نتائج)

(٢) قوله: "قال أبو حنيفة إلخ" اعلم أن الحجر عند أبى حنيفة على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والغفلة، وعندهما يجوز بغير الفسق، وعند الشافعى يجوز بالكل، وإنما يصح الحجر عندهما فى تصرفات لا تصح مع الهزل والإكراه كالبيع والإجارة والهبة والصدقة، وهو ما يحتمل الفسخ، وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه إجماعاً.

وكذا الأسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص، والسفه هو العمل، بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى، وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عادته التبذير والإسراف فى النفقة، وأن يتصرف بتصرفات لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال إلى المغنين، وشراء الحمام الطيارة بثمن غال، وأصل المسامحة فى التصرفات والبر والإحسان مشروع إلا أن الإسراف حرام كالإسراف فى الطعام والشراب. (ك)

(٣) أى بل حجره أولى من الصبى.

(٤) كالإلقاء فى البحر والإحراق بالنار. (ع)

(٥) أى بل حجره أولى من الصبى.

(٦) قوله: "ولهذا [أى إذا بلغ سفيها يمنع عنه المال اتفاقًا. ك] منع [أى فى الابتداء إجماعًا بطريق النظر. تبيين] إلخ" أجمعوا على أنه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإذا بلغ لا يمنع عنه عند أبى حنيفة، وعندهما دام المنع ما دام السفه. (ك)

(٧) قوله: "أنه مخاطب" فى هذا الوصف [illegible] أهلية التصرف، لأن التكليف يقتضى التمكن من الاستيفاء جريًا على موجب التكليف والاستيفاء إنما يكون بالوصول إلى الأموال، وذلك بالتمليك والتملك، وبالعقل يثبت أهلية التمييز. (ك)

(٨) قوله: "عاقل" هذا مستدرك، لأن المخاطب لا يكون إلا عاقلا، وما ليس بعاقل كالصبى والمجنون ليس بمخاطب لا محالة. (نتائج الأفكار)

التبذير، فلا يتحمل الأعلى[١] لدفع الأدنى، حتى لو كان فى الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل[٢]، والمفتىْ الماجن[٣]، والمكارى المفلس[٤] جاز[٥] فيما يروى عنه[٦]، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى، ولا يصح القياس على منع المال[٧]، لأن الحجر أبلغ منه فى العقوبة[٨]، ولا على الصبى[٩]، لأنه عاجز عن النظر لنفسه[١٠]، وهذا قادر عليه[١١] نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة[١٢]، والجرى على خلافه لسوء اختياره، ومنع المال[١٣] مفيد[١٤] لأن غالب السفه فى الهبات

---

(٩) أى عدم الحجر.

(١) قوله: "فلا يتحمل الأعلى" أى الحجر لدفع الأدنى، وهو التبذير، وهذا لأن نعمة المال نعمة زائدة، وإطلاق اللسان نعمة أصلية، لأن الآدمى إنما فارق سائر الحيوانات باعتبار قوله فى التصرفات. (ك)

(٢) قوله: "على المتطبب الجاهل [فإنه يفسد أبدانهم]" إنه يسقى الناس فى أمراضهم دواء مهلكًا، وهو يعلم ذلك أو لا يعلم. (ك)

(٣) قوله: "والمفتى الماجن [ماجن: مرد شوخ چشم بيباک در قول وفعل. من]" الماجن الذى لا يبالى ما صنع، وما قيل له، ومصدره المجون، والمجانة اسم منه، والفعل من باب طلب، كذا فى "المغرب"، وفى "الذخيرة": المفتى الماجن هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة بأن يعلم المرأة حتى ترتد، فتبين من زوجها، ويعلم الرجل أن يرتد، فيسقط عنه الزكاة، ثم يسلم، ولا يبالى أن يحرم حلالا، أو يحل حرامًا، فضرره متعد إلى العامة. (ك)

(٤) قوله: "والمكارى [مكارى: بكرايه دهنده. من] المفلس" هو الذى يتقبل الكراء، ويواجر الإبل، وليس له إبل، ولا غيرها يُحمل عليه، ولا مال يشترى به الدواب، والناس يعتمدون عليه، ويدفعون الكراء إليه، ويتصرف هو ما أخذ منهم فى حاجته، وإذا جاء أوان الخروج يختفى هو نفسه فيذهب أموال الناس، وربما يصير ذلك سببًا لتقاعدهم عن الخروج إلى الحج والغزو، وفساد هذا الشخص متعدٍ أيضًا. (ك)

(٥) قوله: "جاز فيما يروى" فإن إلحاق الضرر الخاص لدفع الضرر العام جائز أما ضرر المحجور المختلف فيه غير متعد، بل يقتصر عليه، فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء، فجواز الحجر فى حق هؤلاء لا يدل على جواز الحجر فى المختلف فيه. (ك)

(٦) الإمام الأعظم.

(٧) قوله: "ولا يصح القياس إلخ" جواب عن قولهما، ولهذا منع عنه المال، تقريره أن منع المال منه إنما هو بطريق العقوبة عليه، لكنه زجرا له، على التبذير والحجر أبلغ منه فى العقوبة، لما ذكرنا، فلا يقاس عليه. (ع)

(٨) قوله: "لأن الحجر إلخ" أى لأن الحجر عن التصرف أبلغ من منع المال من يده فى العقوبات، لأن نعمة اليد على المال نعمة زائدة، وإطلاق اللسان، واعتبار البيان نعمة أصلية، فجواز إلحاق ضرر يسير، وهو المنع عن المال بتفويت نعمة زائدة لا يستدل به على جواز إلحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الأصلية. (ك)

(٩) جواب عن قولهما، اعتباراً بالصبى. (ع)

(١٠) قوله: "لأنه عاجز إلخ" يعنى أن الصبى لما كان يعجز عن النظر لنفسه مست الحاجة إلى صيرورة الغير ولياله، فيصير الصبى موليًا عليه، والمولى عليه لا يلى التصرف، أما السفيه فقادر على النظر لنفسه، لأنه أعطى له آلة القدرة من العقل والبلوغ وإن كان يعدل عن سنن العقل. (ك)

(١١) أى على النظر لنفسه.

(١٢) من العقل والحرية والبلوغ.

والتبرعات والصدقات، وذلك يقف على اليد[١].

قال: وإذا حجر[٢] القاضي عليه، ثم رفع[٣] إلى قاضي آخر، فأبطل حجره وأطلق عنه جاز[٤]؛ لأن الحجر منه[٥] فتوى، وليس بقضاء، ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له، والمقضى عليه، ولو كان قضاء[٦]، فنفس القضاء مختلف فيه، فلا بد من الإمضاء[٧]، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر، أو إلى غيره، فقضى ببطلان تصرفه[٨]، ثم رفع إلى قاضٍ آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء[٩] به، فلا يقبل النقض بعد ذلك[١٠].

---

(١٣) جواب عن قولهما: ثم هو لا يفيد. (ك)

(١٤) بدون الحجر. (ك)

(١) قوله: "وذلك يقف على اليد" أي لا يملك إلا بالقبض، فإذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك، وإن فعل لم ينفذ. (٦)

(٢) تفريع على مسألة الحجر. (٦)

(٣) أي حكمه. (٦)

(٤) وكان الواجب أن لا يجوز، لأن قضاءه لاقى مجتهداً فيه ونقضه باطل. (٦)

(٥) قوله: "لأن الحجر منه إلخ" هذا جواب عما يقال: تصرف المحجور بالسفه بحكم القاضي ينبغي أن لا ينفذ أصلا عند أبي حنيفة، ولا يكون لقاض آخر أن يبطل الحجر، لأن القضاء الأول لاقى محل الاجتهاد، فلا يقبل النقض لما عرف. فأجاب بأن القضاء منه يكون فتوى، وليس بقضاء، وهو على قول محمد ظاهر، لأنه كان محجوراً قبل قضاءه، حتى كان مفسداً لماله. وعند أبي يوسف وإن كان يحتاج فيه إلى حكم حاكم لكن هذا قضاء من وجه، لأنه يثبت بقضاءه ما لم يكن ثابتًا، ولكنه فتوى من وجه، لأنه لم يوجد شرائط القضاء، وهو المقضى له، والمقضى عليه، والدعوى والإنكار، حتى لو وجد الدعوى والإنكار، بأن تصرف بعد الحجر، فرفع إلى قاض، وجرت الخصومة بينه وبين عاقده، فقضى القاضي عليه بإبطال التصرف، وصح الحجر، فإنه يصير متفقًا عليه، فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك، ونظيره القاضي إذا قضى بجواز بيع أم الولد قبل وجود الخصومة في ذلك لا يصير متفقاً عليه، لأنه فتوى، وبعد الخصومة صار متفقًا عليه. (ك)

(٦) قوله: "ولو كان قضاء إلخ" يعني ولئن سلمنا أن حجر القاضي قضاء بأن يجعل السفيه مقضياً له من حيث إن الحجر ما ثبت إلا نظراً له، والقضاء بالحجر يمنع عنه؛ فيجعل مقضياً عليه، فإذا وجد المقضى له والمقضى عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء، ولكن نفس القضاء مختلف فيه، وقضاء القاضي بالمختلف إنما يرفع الخلاف إذا لم يكن نفس القضاء مختلفًا، فلا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء. (ك)

(٧) أي إمضاء الحجر أي إمضاء القضاء.

(٨) وصحة الحجر. (٦)

(٩) أي إمضاء الحجر أي إمضاء القضاء.

(١٠) قوله: "فلا يقبل النقض إلخ" لأن في نقضه نقض لقضاء أمضى، وهذا ظاهر في عين ما وقع الإمضاء له ثانيًا، أما في نوعه فلا، كما إذا قضى قاضٍ بعدم النفقة في المبتوتة، ثم رفع هذا القضاء إلى قاضٍ آخر نفذه، ولا يجوز نقضه لقاضٍ أصلا. أما إذا رفع نوعه بأن جاءت امرأة أخرى مدعية للنفقة عند قاضٍ يراها، فله أن يقضي برأيه، وإلا يلزم عدم صحة قضاء قاض في مسألة خلافية عمل فيها قاض برأيه، قضاء صحيحًا ابتداء، أو بعد الإمضاء، وهو باطل قطعًا، لأنا نحكم فيما بيننا على خلاف ما يحكم به الشافعية في ما بينهم مع اتحاد نوع الحادثة، ومن ظن أنه يجب التنفيذ مطلقًا،

ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد[1] لم يسلم إليه ماله، حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه[2]، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله، وإن لم يؤنس[3] منه الرشد.

وقالا: لا يدفع إليه ماله أبداً[4]، حتى يؤنس رشده، ولا يجوز تصرفه فيه؛ لأن علة المنع السفه، فيبقى ما بقى العلة، وصار كالصبا. ولأبى حنيفة أن منع المال عنه[5] بطريق التأديب[6]، ولا يتأدب بعد هذا[7] ظاهراً وغالبًا، ألا ترى أنه قد يصير جداً فى هذا السن[8]، فلا فائدة للمنع، فلزم الدفع، ولأن[9] المنع[10] باعتبار أثر الصبا[11]، وهو فى أوائل البلوغ، وينقطع بتطاول الزمان، فلا يبقى المنع، ولهذا قال أبو حنيفة: لو بلغ رشيدا ثم صار سفيهًا لا يمنع المال عنه، لأنه[12] ليس بأثر الصبا.

فقد أخطأ خطأ لا يخطئ مثله سفيه. (ملا عبد السلام أعظمى)

(١) أى سفيهًا. (ع)

(٢) لأنه لا يحجر عنده. (ع)

(٣) آنس الشىء: ديد آن را ودانست، ومنه: ﴿آنست منه رشداً﴾ أى علمته. (من)

(٤) أى زمانًا طويلا.

(٥) قوله: "أن منع المال إلخ" أى لا نسلم أن علة المنع هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب، فإذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها، فانتفت العلة بانتفاء أحد جزئيها، وهو قصد التأديب، فلزم انتفاء المعلول الذى هو المنع أيضًا بعدها، فوجب الدفع. (نتائج)

(٦) قوله: "بطريق التأديب" أى بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالأسباب الحسية، فأما إهدار القول فى التصرفات بمعنى حكمى، والعقوبات بهذا الطريق غير مشرعة كالحدود، ولا يدخل عليه إسقاط شهادة القاذف، فإنه متمم حده عندنا، لأنا نقول: إنما كان كذلك لكونه تابعًا لما هو حسى، وهو إقامة الحد لا مقصوداً بنفسه. (ك)

(٧) أى خمسة وعشرين.

(٨) قوله: "ألا ترى أنه قد يصير إلخ" وذلك لأن أدنى مدة البلوغ فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة، ثم يولد له ابن لستة أشهر، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ثم يبلغ ابنه باثنى عشر سنة، ثم يولد له ابن لستة أشهر، فيصير جداً بعد خمس وعشرين سنةً، ولو فرضنا مقام الابن البنت تصير جدة فى اثنين وعشرين سنةً، لأن أدنى مدة بلوغ البنت تسع سنين، لكن هذا الذى ذكر عام فى الذكور والإناث، ولما صار جداً صار فرعه أصلا، فكان الجد متناهيا فى الأصالة، فإذا لم يونس رشده فى سن تناهت أصالته عرفنا أنه انقطع رجاء التأديب منه، فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك إذ المنع كان للتأديب، وهو لم يبق محلا للتأديب فى حق ماله. (ك)

(٩) دليل آخر.

(١٠) أى منع المال.

(١١) قوله: "باعتبار أثر الصبا إلخ" لأن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا، وبقاء أثره كبقاء عينه، فإذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق أثر الصبا وحدث ضرب من الرشد لا محالة، لأنه حال كمال لبه. (ك)

(١٢) أى هذا السفه.

ثم لا يتأتى التفريع[١] على قوله[٢]، وإنما التفريع على قول من يرى الحجر، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه، وإن كان فيه مصلحة[٣] أجازه الحاكم، لأن ركن التصرف[٤] قد وجد[٥]، والتوقف للنظر له، وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه، كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده[٦]. ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف؛ لأنه لا بد من حجر القاضي عنده[٧]، لأن الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره[٨]، فلا بد من فعل القاضي[٩]، وعند محمد لا يجوز لأنه يبلغ محجوراً عنده[١٠]، إذ العلة هي السفه[١١] بمنزلة الصبا[١٢]. وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً[١٣]، ثم صار سفيهاً، وإن أعتق عبداً[١٤] نفذ عتقه عندهما[١٥]، وعند الشافعي لا ينفذ.

---

(١) قوله: "ثم لا يتأتى التفريع إلخ" أراد أن التفريع الذي ذكره القدوري في "مختصره" بقوله: فإذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبي حنيفة، وإنما التفريع على قول من يرى الحجر. (ع)

(٢) الإمام.

(٣) قوله: "وإن كان فيه [أي في نفاذ بيعه] مصلحة" بأن كان بمثل القيمة، أو كان البيع رابحاً، وكان الثمن باقياً في يده أجاز، وإن كان الثمن أقل من القيمة، أو كان البيع خاسراً، أو لم يبقَ في يده لم يجز، لأن فيه ضرراً به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون في يده شيء من البدل. (ع)

(٤) الإيجاب والقبول.

(٥) قوله: "قد وجد" وذلك يوجب الجواز، ورد بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفه ليس بأهل، وأجيب بأنه أهل، لأن الأهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم. (ع)

(٦) فإنه إذا باع فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه.

(٧) أبي يوسف.

(٨) قوله: "دائر بين إلخ" لأنه لما نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر، فبقي ملكه كما كان، ففي إبقاء الملك له نظر، وفي إهدار قوله ضرر ومثل هذا لا يرجح أحد الجانبين منه إلا بقضاء القاضي. (ك)

(٩) لأنه مرجح. (ع)

(١٠) قوله: "لأنه يبلغ محجوراً عنده إلخ" والفرق لمحمد بين حجر السفيه حيث لا يتوقف على القضاء، وبين حجر المديون حيث يتوقف على قضاء القاضي هو أن حجر السفيه لمعنى فيه، وهو سوء اختياره لا لحق الغير، فأشبه الجنون، وثم ينحجر بنفس الجنون، ولا يتوقف على القضاء، كذا ههنا.

وأما الحجر بسبب الدين ليس بمعنى فيه بل لحق الغرماء، حتى لا يتلف حقهم بتصرفه، فيتوقف على قضاء القاضي، لأن له ولاية عليه، فيعمل حجره، فأما الغريم فلا ولاية له، فلا يجوز حجره. (ك)

(١١) وهو موجود قبل القضاء، فيترتب عليه حكمه. (ع)

(١٢) فلا حاجة إلى فعل القاضي.

(١٣) قوله: "وعلى هذا الخلاف إذا بلغ إلخ" فعند أبي يوسف لا يصير محجوراً حتى يقضي القاضي، وعند محمد يصير محجوراً للسفه. (ع)

(١٤) المحجور بسبب السفه يعني بعد الحجر. (ع)

والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، وما لا فلا، لأن السفيه في معنى الهازل[(١)] من حيث إن الهازل[(٢)] يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى، ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله، فكذلك السفيه، والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل[(٣)]، فيصح[(٤)] منه.

والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر[(٥)] بسبب الرق[(٦)]، حتى لا ينفذ بعده[(٧)] شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق والإعتاق لا يصح من الرقيق، فكذلك من السفيه، وإذا صح[(٨)] عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته، لأن الحجر لمعنى النظر، وذلك في رد العتق، إلا أنه متعذر[(٩)]، فيجب رده[(١٠)] برد القيمة كما في الحجر على المريض[(١١)].

وعن محمد أنه لا يجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقًا لمعتقه، والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتِق[(١٢)].

---

(١٥) قوله: "عندهما" وكذا عند أبي حنيفة، فلم يخص قولهما بالذكر احترازاً عن قوله، لأن عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ التصرفات. (عناية)

(١) قوله: "لأن السفيه في معنى الهازل إلخ" فإن قيل: إن السفيه لما كان بمنزلة الهازل، والهازل إذا أعتق عبده لا يجب السعاية على العبد، فينبغي أن يكون السفيه كذلك، قلنا الحجر على السفيه للنظر، والنظر في السعاية، ولا كذلك الهازل، لأنه ليس بمحجور. (ك)

(٢) قوله: "من حيث إن الهازل إلخ" فيه أن هذا التعليل إنما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل، والصحيح أن يقال: لقصده اللعب، به دون ما وضع الكلام له، لا لنقصان في العقل، والجواب أن قصده اللعب بالكلام، وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى، فلا فرق بينهما. (ع)

(٣) فإنه يصح إعتاق الهازل.

(٤) العتق.

(٥) قوله: "بمنزلة الحجر إلخ" قلنا: ليس السفه كالرق، لأن حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه، حتى إن تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالإقرار بالحدود والقصاص، وههنا لا حق لأحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه، فيكون نافذاً. (عناية)

(٦) في أنه لا يزيل الخطاب. (ع)

(٧) الحجر.

(٨) الإعتاق.

(٩) لعدم قبوله الفسخ. (ع)

(١٠) العتق.

(١١) قوله: "كما في الحجر على المريض" فإنه لأجل النظر لغرمائه وورثته، فإذا أعتق المريض عبداً وجب عليه السعاية لغرمائه أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين، ولا مال له سواه لمعنى النظر. (ع)

(١٢) كما في إعتاق أحد الشريكين، فإنه يسعى للساكت. (ع)

ولو دبر عبده جاز؛ لأنه[١] يوجب حق العتق[٢]، فيعتبر بحقيقته[٣] إلا أنه لا يجب السعاية ما دام المولى حيًا[٤]؛ لأنه[٥] باقٍ على ملكه، وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى[٦] فى قيمته مدبراً، لأنه عتق بموته وهو[٧] مدبر[٨]، فصار كما إذا أعتقه[٩] بعد التدبير.

ولو جاءت جاريته[١٠] بولد فادعاه، يثبت نسبه منه، وكان الولد حرًا، والجارية أم ولد له؛ لأنه محتاج إلى ذلك[١١] لإبقاء نسله[١٢]، فألحق بالمصلح[١٣] فى حقه[١٤].

وإن لم يكن معها ولد، وقال: هذه أم ولدى[١٥] كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها، وإن مات[١٦] سعت فى جميع قيمتها، لأنه كالإقرار بالحرية[١٧] إذ ليس لها شهادة الولد، بخلاف الفصل الأول[١٨]، لأن الولد شاهد لها، ونظيره المريض[١٩] إذا

(١) أى لأن التدبير.

(٢) قوله: "حق العتق" أى حقًا من حقوق العتق، وهو امتناع البيع، فيشبه حقيقة العتق، فيعتبر بها. (أعظمى)

(٣) قوله: "فيعتبر بحقيقته [العتق]" أى أنه لما ملك إنشاء حقيقة العتق، فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى إلا أنه لا يجب إلخ. (ع)

(٤) قوله: "إلا أنه لا يجب إلخ" مستثنى من قوله: فيعتبر بحقيقته، أى بحقيقة إعتاق المحجور بسبب السفه يجب السعاية، ولا يجب السعاية على مدبره فى التدبير ما دام المولى حيًا، لأنه بعد صحة التدبير مال مملوك له يستخدمه، ولا يمكن إيجاب نقصان التدبير عليه،، لأنه لما بقى على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه دينًا تعذر إيجاب نقصان التدبير عليه، ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير، ولا يجب المال. (كفاية)

(٥) العبد.

(٦) العبد.

(٧) الواو حالية.

(٨) فتجب السعاية بقدر قيمة المدبر.

(٩) المحجور.

(١٠) المحجور.

(١١) الاستيلاد.

(١٢) قوله: "لإبقاء نسله" وإبقاءه من الحوائج الأصلية، فإن حياة الإنسان ببقاء الولد بعد موته. (ع)

(١٣) الرشيد.

(١٤) استيلاد.

(١٥) فالدعوة حينئذ دعوة تحرير. (ع)

(١٦) بعد هذه الدعوة. (ع)

(١٧) فصار كأنه قال: أنت حرة، فيمتنع بيعها، وتسعى فى قيمتها بعد موته. (ع)

(١٨) أى ما إذا كان معها ولد.

(١٩) قوله: "ونظيره المريض إلخ" المريض المديون إذا ادعى ولد جاريته، أى قال لأمته: هذه أم ولدى إن كان معها

ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل[١].

قال[٢]: وإن تزوج امرأة جاز نكاحها؛ لأنه لا يؤثر فيه الهزل[٣]، ولأنه من حوائجه الأصلية، وإن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها؛ لأنه[٤] من ضرورات النكاح، وبطل الفضل[٥]؛ لأنه لا ضرورة فيه، وهو التزام بالتسمية، ولا نظر له فيه، فلم تصح الزيادة، فصار كالمريض مرض الموت[٦].

ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف[٧] في ماله؛ لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل، وكذا إذا تزوج بأربع نسوة[٨]، أو كل يوم واحدة[٩]، لما بينا[١٠]. قال[١١]: يخرج الزكاة من مال السفيه؛ لأنها واجبة عليه، وينفق[١٢] على أولاده وزوجته، ومن تجب نفقته عليه من ذوى أامه؛ لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه، والإنفاق على ذى الم واجب عليه حقًا لقرابته، والسفه لا يبطل حقوق الناس[١٣]، إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه[١٤] ليصرفها[١٥] إلى مصرفها؛ لأنه لا

ولد تسعى فى قيمتها للغرماء، وإن لم يكن معها سعت فى جميع قيمتها للغرماء، وهذا لأنه إذا كان معها ولد، فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها فى إبطال حق الغير، فكذلك فى دفع حكم الحجر عن تصرفه.

بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد، لأنه لا شاهد لها ههنا، فإقراره لها بحق العتق بمنزلة إقراره بحقيقة الحرية، فلا يقدر على بيعها بعد ذلك، ويسعى فى قيمتها بعد موته كما لو أعتقها. (ك)

(١) يعنى يكون معها ولد أولم يكن. (ع)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) فلا يؤثر فيه السفه.

(٤) مهر المثل.

(٥) الزائد.

(٦) قوله: "فصار كالمريض مرض الموت" فى لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل، وسقوط الزيادة إلا أن الزيادة فى المريض يعتبر من الثلث، وههنا غير معتبرة أصلا. (عناية)

(٧) أى نصف المسمى إلى مقدار مهر المثل.

(٨) قوله: "وكذا إذا تزوج إلخ" يعنى يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن فى عقد واحد، أو فى كل يوم واحدة، ثم طلقها، أو فعل ذلك مراراً، فإنه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل، ويبطل الزيادة. (عناية)

(٩) قوله: "أو كل يوم واحدة" يعنى لو تزوج كل يوم واحدة، ثم طلقها، هكذا يفعل مراراً من غير حصر فإنه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل، ويبطل الزيادة. (ك)

(١٠) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأنه من ضرورات النكاح. (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) من ماله.

(١٣) قوله: "لا يبطل حقوق الناس" لكن لا يسمع قوله فى القرابة حتى يقيم البينة عليها، وعسرة القريب لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه، فلا يلزم شيئاً إلا فى الولد، فإن الزوجين إذا تصادقا على النسب قبل قولهما،

بد من نيته، لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كيلا يصرفه فى غير وجهه.

وفى النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفها[١] لأنها ليست، بعبادة، فلا يحتاج إلى نيته، وهذا[٢] بخلاف ما إذا حلف أو نذر[٣]، أو ظاهر حيث لا يلزمه المال، بل يكفّر يمينه وظهاره بالصوم[٤]، لأنه[٥] مما يجب بفعله، فلو فتحنا هذا الباب، يبذر أمواله بهذا الطريق، وإلا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله[٦].

قال[٧]: فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها؛ لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه، ولا يسلم القاضى النفقة إليه، ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه.

ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانًا[٨] لاختلاف العلماء[٩] فى وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج[١٠].

ولا يمنع من القران[١١]؛ لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما، فلا يمنع

لأن كل واحد منهما فى تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب، والسفه لا يؤثر فى منع الإقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من إثبات عسرة المقر له، والإقرار بالزوجية صحيح، ويجب مهر مثلها والنفقة. (عناية)

(١٤) السفيه.

(١٥) بنفسه.

(١) الأمين.

(٢) أى ما ذكر من ما أوجبه الله تعالى، وما كان من حقوق الناس. (ع)

(٣) أى أوجب على نفسه. (ع)

(٤) قوله: "بل يكفر إلخ" لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات، وعن كل ظهار شهرين متتابعين وإن كان مالكًا للمال حال التكفير. (عناية)

قوله: "يكفر يمينه وظهاره بالصوم" لأن يده مقصورة عن ماله، فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله، وبمنزلة من يكون له دين على إنسان، أو غصب غاصب من يده وهو ما كان يعطيه، فله أن يكفر بالصوم. (كفاية)

قوله: "بالصوم" فإن قيل: التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة، فإنه لا يصح مع القدرة عليها، أجيب بأن الاستطاعة منتفية. (ع)

(٥) أى لأن وجوب الكفارة.

(٦) كالزكاة ونفقة الأقارب.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "استحسانًا" وفى القياس لا يعطى له نفقة السفر، لأن العمرة عندنا تطوع، فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعًا بعد ما حج حجة الإسلام، وجه الاستحسان أن العلماء اختلفوا فى فرضية العمرة، فلا يمنع منها احتياطًا. (ك)

(٩) قوله: "لاختلاف العلماء" العمرة سنة مؤكدة، وقيل: فرض كفاية، وهو قول محمد بن الفضل البخارى، وقيل: واجبة لا فرض عين، كما قال الشافعى. (مجمع الأنهر)

(١٠) فإنه يمنع.

من الجمع بينهما، ولا يمنع من أن يسوق بَدَنَةً[1] تحرزًا عن موضع الخلاف[2]، إذ عند عبد الله بن عمر، لا يجزئه غيرها، وهي جَزور[3] أو بقرة*.

فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب[4]، وأبواب الخير جاز ذلك في ثلاثة[5]؛ لأن نظره فيه[6] إذ هي[7] حالة انقطاعه عن أمواله، والوصية تخلف ثناء أو ثوابًا، وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في "كفاية المنتهى".

قال: ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحًا لماله عندنا، والفسق الأصلي والطارئ سواء. وقال الشافعي: يحجر عليه زجرًا له وعقوبة عليه، كما في السفيه، ولهذا[8] لم يجعل أهلا للولاية[9] والشهادة عنده[10].

ولنا قوله تعالى: ﴿فإن آنستم[11] منهم[12] رشدًا[13] فادفعوا إليهم أموالهم﴾ الآية، وقد أونس[14] نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة[15]، ولأن الفاسق من أهل

---

(١١) قوله: "من القران" القارن: هو أن يجمع بين إحرام الحج والعمرة في الميقات، أو قبله في أشهر الحج، أو قبلها، ويذكر الحج والعمرة بلسانه عند التلبية، ويقصد بقلبه، أو لم يذكرهما بلسانه وينويهما بقلبه. (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر)

(١) بدنة: شتر وگاؤ قربانى كه بمكه فرستند. (من)

(٢) قوله: "تحرزًا عن موضع إلخ" القارن يلزمه هدى ويجزيه الشاة عندنا، ولكن البدنة فيه أفضل، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: لا يجزيه إلا بدنة، وهي بقرة أو جزور، فهو إذا ساق البدنة فقد قصد به التحرز عن موضع الخلاف، وأخذ بالاحتياط في أمر الدين، وأراد أن فعله أقرب إلى قول رسول الله ﷺ، فلا يمنع عنه. (ك)

(٣) جزور: شتر كشتنى. (من).

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٨١ ص١٩٩. (نعيم)

(٤) قوله: "فإن مرض وأوصى إلخ" قيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالبًا يكون في المرض، فإن السفيه الصحيح إذا أوصى بوصيته، فحكمهما حكم المريض. (عناية)

(٥) وفي نسخة: ثلث ماله.

(٦) أي في جواز ذلك.

(٧) أي حالة المرض.

(٨) أي للزجر.

(٩) أي ولاية الإنكاح.

(١٠) الشافعي.

(١١) أبصرتم.

(١٢) أي من اليتامى.

(١٣) صلاحًا في دينهم ومالهم. (ج)

(١٤) فإنه رشيد في ماله.

(١٥) قوله: "فيتناوله إلخ" فقوله تعالى: ﴿رشدًا﴾ منكر في موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا

الولاية عندنا لإسلامه[(١)]، فيكون واليًا للتصرف، وقد قررناه فيما تقدم[(٢)]، ويحجر القاضي عندهما أيضًا[(٣)]، وهو قول الشافعي بسبب الغفلة، وهو أن يغبن في التجارات، ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له.

فصل في حد البلوغ[(٤)]

قال[(٥)]: بلوغ الغلام بالاحتلام[(٦)] والإحبال[(٧)] والإنزال إذا وطئ، فإن لم يوجد ذلك[(٨)] فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا[(٩)]: إذا تمّ للغلام والجارية خمس عشرة سنةً فقد بلغا، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو قول الشافعي، وعنه في الغلام تسع عشرة سنة.

وقيل: المراد أن يطعن[(١٠)] في التاسع عشرة سنةً، ويتم له ثمانية عشرة سنةً، فلا اختلاف[(١١)]، وقيل: فيه اختلاف الرواية، لأنه ذكر في بعض النسخ[(١٢)]، حتى يستكمل تسع عشرة سنةً[(١٣)]، أما العلامة[(١٤)] فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل

تعم، فإن وجد رشد ما فقد وجد الشرط، فيجب دفع المال إليه. (نهاية)

(١) قوله: "لإسلامه" أقول: يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله لا محالة، لأن الإسلام فيه أيضًا متحقق بل هو فيه أقوى، فلزم أن يكون من أهل الولاية، فينبغي أن يكون واليا للتصرف أيضًا غير محجور عليه كما ذهب إليه أبو حنيفة. (نتائج الإفكار)

(٢) يعني في أول كتاب النكاح. (ع)

(٣) قوله: "ويحجر إلخ" واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ فإنه ما حجر على حبان ابن منقذ، وكان يغبن في التجارات، بل قال له: «قل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام»، فأثبت له البيع بشرط الخيار وما حجره.
وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ لما أنه يتلف الأموال كالسفيه، فلا يعارضه خبر الواحد. (تاج الشريعة)

(٤) قوله: "في حد إلخ" البلوغ في اللغة: الوصول، وفي الاصطلاح: انتهاء الصغر، ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهاءه، وهذا الفصل لبيان ذلك. (نت)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "بالاحتلام [احتلام: جماع كردن درخواب. من]" الحلم بالضم ما يراه النائم، يقال: حلم واحتلم. (ع)

(٧) أحبله: آبستن گردانيد او را. (من)

(٨) أي واحد من الأشياء المذكورة.

(٩) والفتوى على قولهما. (كافي)

(١٠) أي يدخل، طعن در قاموس بمعنى سير ورفتار آورده. (غياث)

(١١) قوله: "فلا اختلاف" بين الروايتين، لأنه لا يتم له ثماني عشر سنة إلا ويطعن في التاسع عشر سنة. (تبيين)

(١٢) للمبسوط.

(١٣) قوله: "حتى يستكمل إلخ" هذا اللفظ يدل على اختلاف الرواية. (عيني)

والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال، وكذا الحيض فى أوان الحبل[١]، فجعل كل ذلك علامة البلوغ، وأدنى المدة لذلك[٢] فى حق الغلام اثنا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين[٣]، وأما السن فلهم[٤] العادة الفاشية[٥] فى أن البلوغ لا يتأخر فيهما[٦] عن هذه المدة[٧]. وله[٨] قوله تعالى[٩]: ﴿حتى يبلغ أشده[١٠]﴾ وأشد الصبى ثمانى عشر سنة، هكذا قاله ابن عباس رضى الله عنه، وتابعه القُتَبى، وهذا[١١] أقل ما قيل فيه[١٢]، فبنى الحكم عليه للتيقن[١٣] به غير أن الإناث نشوءهن[١٤]، وإدراكهن[١٥] أسرع[١٦]، فنقصنا فى حقهن سنة لاشتمالها[١٧] على الفصول الأربعة[١٨] التى يوافق واحد منها المزاج[١٩] لا محالة.

قال[٢٠]: وإذا راهق[٢١] الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره[٢٢] فى البلوغ فقال:

---

(١٤) أى أما ثبوت البلوغ بالعلامة.

(١) وفى نسخة: الحيض.

(٢) البلوغ.

(٣) لما روى أن عائشة رضى الله عنها بلغت على رأس تسع سنين.

(٤) قوله: "فلهم [أى لأبى يوسف ومحمد والشافعى] إلخ" ولما روى عن أنس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا استكمل المولود خمسة عشر سنة كتب ما له وما عليه، وأقيمت عليه الحدود»، وفيه أن هذا الحديث لم يثبت فسقط الاحتجاج. (عينى)

(٥) الغالبة، فشو آشكار شدن. (كنز)

(٦) أى فى الغلام والجارية.

(٧) أى خمس عشرة سنةً.

(٨) أى لأبى حنيفة.

(٩) قوله: "قوله تعالى" قال الله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشدّه﴾.

(١٠) أى قوته.

(١١) أى قول ابن عباس رضى الله عنه.

(١٢) أى فى تفسير الآية.

(١٣) قوله: "للتيقن [والاحتياط]" أى كون ثمانية عشر سنة فى تفسير الأشد للتيقن لأن بعضهم قالوا: الأشد اثنان وعشرون، بعضهم خمسة وعشرون، وبعضهم ثلاثة وعشرون. (حميدية)

(١٤) نشوء كدخول گواليدن. (من)

(١٥) بلوغهن.

(١٦) من نشوء الذكور وإدراكهم.

(١٧) قوله: "لاشتمالها إلخ" أى زدنا سنة فى حق الغلام لتوافق فصل من فصول السنة مزاجه فيقوى مزاجه. (ك)

(١٨) الربيع، الصيف، الخريف، الشتاء.

(١٩) فيتقوى المزاج.

قد بلغت فالقول قوله، وأحكامه أحكام البالغين، لأنه[١] معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرًا، فإذا أخبرا به، ولم يكذبهما الظاهر[٢] قبل قولهما فيه، كما يقبل قول المرأة في الحيض[٣].

باب الحجر بسبب الدين[٤]

قال أبو حنيفة: لا أحجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه، والحجر عليه، لم أحجر عليه؛ لأن في الحجر إهدار أهليته، فلا يجوز لدفع ضرر خاص[٥].

فإن كان له مال لم يتصرف فيه[٦] الحاكم؛ لأنه[٧] نوع حجر، ولأنه تجارة لا عن تراضٍ، فيكون باطلا بالنص[٨]، ولكن يحبسه[٩] أبدًا[١٠] حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء، ودفعًا لظلمه[١١].

وقالا: إذا طلب غرماء المفلس[١٢] الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من

---

(٢٠) أي القدوري. (عيني)

(٢١) أي دنا وقرب.

(٢٢) يعني لم يعلم ذلك منه.

(١) البلوغ.

(٢) قوله: "ولم يكذبهما الظاهر" إشارة إلى أن الغلام إذا ادعى البلوغ وعمره أقل من اثني عشر سنة لا يصدق، والجارية إذا ادعته وعمرها أقل من تسع سنين لا تصدق. (عيني)

(٣) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتها، فالقول قولها إلا إذا كذبها الظاهر.

(٤) قوله: "باب الحجر إلخ" ثم إن الحجر بسبب الدين كان مشروطًا بطلب الغرماء، فكان فيه وصف زائد، فصار بالنظر إلى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد، فلا جرم آثر تأخيره عنه. (نتائج)

(٥) أي ضرر الغرماء.

(٦) بيعًا وغيره.

(٧) أي لأن تصرف الحاكم.

(٨) قوله: "بالنص" قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾، أي بالحرام شرعًا كالغصب والربا، ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾.

(٩) أي الحاكم.

(١٠) أي زمانًا طويلا ممتدًا.

(١١) أي المديون لأن المماطلة ظلم.

(١٢) قوله: "غرماء المفلس" ليس المراد بالمفلس في قوله: إذا طلب غرماء المفلس الحجر معناه الحقيقي، بل المراد به إما من يدعي الإفلاس، فيتناول للغني أيضًا إذ الظاهر أن المديون الذي لا يؤدي دينه يدعي الإفلاس، وإن كان غنيًا في نفسه، وإما من حاله حال المفلس، ولا شك أن الغني الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس، فلا يلزم تخصيص المسألة بما هو مفلس حقيقة. (نت)

البيع والتصرف والإقرار[١]، حتى لا يضر بالغرماء؛ لأن الحجر على السفيه إنما جوزناه نظرًا له، وفي هذا الحجر نظر للغرماء، لأنه عساه يلجئ ماله[٢]، فيفوت حقهم[٣]، ومعنى قولهما منعه[٤] من البيع أن يكون[٥] بأقل من ثمن المثل، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء، والمنع لحقهم فلا يمنع منه[٦].

قال: وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما؛ لأن البيع مستحق عليه[٧] لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله[٨]، فإذا امتنع ناب القاضي منابه، كما في الجب والعنة[٩]. قلنا: التلجئة موهومة[١٠]، والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك[١١]، بخلاف الجب والعنة[١٢]، والحبس لقضاء الدين[١٣] بما يختاره من الطريق كيف وإن صح البيع[١٤] كان الحبس إضرارًا بهما

---

(١) قوله: "والتصرف إلخ" أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع، والإقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضًا غير واضح. (نتائج)

(٢) قوله: "لأنه عساه يلجئ إلخ" بأن يواضع أحدًا على أن يقر له بالمال عند الناس، ولا يطالبه ذلك الرجل بالمال، فيفوت حق الغرماء، أو يبيع ماله تلجئة من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده. (ك)

قوله: "يلجئ" ألجأه إلى كذا ولجأه اضطره وأكرهه والتلجئة أن يلجئك إلى أن تأتي أمرًا باطنه خلاف ظاهره، كذا في "المغرب". وقال في "نور الأنوار": حاصل التلجئة أن يلجئ شيء إلى أن يأتي أمرًا باطنًا، بخلاف ظاهره، فيظهر بحضور الخلق أنهما يعقدان البيع لأجل مصلحة دعت إليه، ولم يكن في الواقع بينهما بيع.

(٣) الغرماء.

(٤) الحاكم.

(٥) البيع.

(٦) أي من البيع ثمن المثل.

(٧) أي على المديون.

(٨) أي لأجل البيع. (ف)

(٩) قوله: "كما في الجب [المجبوب الذي قطع ذكره وخصيتاه. (مجمع الأنهر] والعنة" المجبوب إذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضي منابه في التفريق والعنين بعد مضي المدة إذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضي منابه أيضًا في التفريق. (ك)

قوله: "والعنة" العنين من لا يقدر على الجماع مطلقًا مع وجود الآلة، أو يقدر على الثيب دون البكر. (مجمع الأنهر)

(١٠) لأنه احتمال مرجوح، فلايهدر به أهلية الإنسان. (ف)

(١١) قوله: "ليس بطريق متعين إلخ" فإنه يمكنه الإيفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس، فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه. (عناية)

(١٢) قوله: "بخلاف الجب إلخ" فإن التفريق هناك متعين، لأنه لا يمكنه الإمساك بالمعروف، فتعين عليه التسريح بالإحسان، فلما امتنع عن التسريح بالإحسان مع عجزه عن الإمساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق. (عناية)

(١٣) قوله: "والحبس إلخ" جواب عن قولهما حتى يحبس لأجله تقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من الطرق التي ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله. (عناية)

(١٤) قوله: "كيف وإن إلخ" أي كيف صح البيع، ولو صح البيع كان الحبس ظلمًا، لأنه إضرار بهما بتأخير حق

بتأخير حق الدائن، وتعذيب المديون، فلا يكون[١] مشروعًا.

قال: وإن كان دينه دراهم، وله دراهم قضى القاضي بغير أمره، وهذا بالإجماع، لأن للدائن حق الأخذ[٢] من غير رضاه[٣]، فللقاضي أن يعينه، وإن كان دينه دراهم، وله دنانير، أو على ضد ذلك[٤] باعها القاضي في دينه، هذا عند أبي حنيفة استحسانًا[٥]، والقياس[٦] أن لا يبيعه، كما في العروض[٧]، ولهذا[٨] لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرًا. وجه الاستحسان أنهما[٩] متحدان في الثمنية[١٠] والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف[١١]، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين، بخلاف العروض، لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها[١٢]، أما النقود فوسائل فافترقا[١٣].

ويباع في الدين النقود ثم العروض، ثم العقار يبدأ بالأيسر، فالأيسر، لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون، ويترك عليه دَست[١٤] من ثياب بدنه، ويباع الباقي؛ لأن به[١٥] كفاية، وقيل: دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له

الدائن، وتعذيب المديون، فلم يكن مشروعًا لكنه مشروع بالإجماع، فلم يصح البيع. (ع)

(١) الحبس.

(٢) من جنس حقه.

(٣) المديون.

(٤) أي دينه دنانير وله دراهم.

(٥) قوله: "استحسانًا" كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس إنما هو قول أبي حنيفة فقط، وأما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس. (نت)

(٦) عند أبي حنيفة.

(٧) فإنها لا تباع.

(٨) عند اختلاف جنس حقه.

(٩) الدراهم والدنانير.

(١٠) قوله: "متحدان في الثمنية" ولهذا يضم أحدهما في الآخر في الزكاة. (تبيين)

(١١) قوله: "ولاية التصرف إلخ" الولاية تقتضي الإيجاب والإلزام، وهو أنسب بحال القاضي، فيجب رعاية الاتحاد في حقه دون الغريم، إذ ليس له ولاية على المديون، فيناسب حاله رعاية الاختلاف. (أعظمي)

(١٢) فلا يبيعها القاضي.

(١٣) فلا يتعلق الغرض بصورها، فيتصرف القاضي فيها.

(١٤) قوله: "دَسْت" قال في "إحمال الحسنى": الدست دست جامه، وفي "مؤيد الفضلاء": دست يک عدد، وفي "غياث اللغات": دست يک چيز تمام چون يک دست جامه ويکک دست سلاح.

(١٥) أي بالدست الواحد.

من ملبس.

قال[1]: فإن أقر فى حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون[2]؛ لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك[3] لأنه مشاهد[4] لا مرد له، ولو استفاده مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه، لأن حقهم لم يتعلق به لعدم وقت الحجر.

قال[5]: وينفق على المفلس[6] من ماله وعلى زوجته وولده الصغار، وذوى أامه ممن يجب نفقته عليه؛ لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، ولأنه حق ثابت لغيره، فلا يبطله الحجر، ولهذا[7] لو تزوج امرأة كانت فى مقدار مهر مثلها أسوة[8] للغرماء.

قال[9]: فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول: لا مال لى حبسه الحاكم فى كل دين[10] التزمه بعقد كالمهر والكفالة، وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه فى كتاب أدب القاضى من هذا الكتاب[11]، فلا نعيدها إلى أن قال[12]: وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعنى خلى سبيله[13] لوجوب النظرة[14]

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) التى وقع بها الحجر.

(٣) قوله: "بخلاف الاستهلاك" أى بخلاف ما إذا استهلك المحجور عليه قبل قضاء الدين مال إنسان حيث يكون المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف، لأن فعله أعنى الاستهلاك مشاهد محسوس، فلا يرد لأن الحجر لا يصح فى الفعل الحسى. (عينى)

(٤) قوله: "لأنه [بخلاف الإقرار فإن سببه محتمل. ع] مشاهد إلخ" وذكر فى حجر "الذخيرة" ولو كان سبب وجوب الدين ثابتًا عند القاضى بعلمه أو بشهادة شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذى له الدين قبل الحجر. (كفاية)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "على المفلس" المراد منه المعنى المجازى المديون، فإن حمله على المعنى الحقيقى ينافيه قوله الآتى: من ماله، كذا فى "نتائج الأفكار". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٧) أى لعدم إبطال الحجر حقًا ثابتًا للغير.

(٨) برابر.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) وفى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع.

(١١) أى الهداية.

(١٢) قوله: "إلى أن قال" متعلق بقوله: قال: فإن لم يعرف إلخ يعنى قال القدورى فى "مختصره": فإن لم يعرف للمفلس مال إلى أن قال: وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له، وقوله: خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدورى بقوله: وكذلك إن أقام إلخ، وقوله: لوجوب النظرة إلخ تعليل لذلك. (نتائج)

إلى الميسرة[١].

ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته، وإن لم يكن[٢] أخرجه تحرزًا عن هلاكه[٣]، والمحترف فيه[٤] لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح[٥] ليضجر[٦] قلبه، فينبعث على قضاء دينه، بخلاف ما إذا كانت له جارية، وفيه[٧] موضع يمكنه فيه وطئها لا يمنع عنه، لأنه قضاء إحدى الشهوتين[٨]، فيعتبر[٩] بقضاء الأخرى.

قال[١٠]: ولا يحول بينه[١١] وبين غرماءه بعد خروجه من الحبس، بل يلازمونه، ولا يمنعونه من التصرف والسفر؛ لقوله عليه السلام[١٢]: «لصاحب الحق يد ولسان»*، أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي[١٣].

قال[١٤]: ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم[١٥] بالحصص[١٦]؛ لاستواء حقوقهم

---

(١٣) قوله: "يعني خلي إلخ" ذكر في أدب القاضي حكمًا من هذا الباب، وعطف عليه قوله: وكذلك إن أقام البينة ففسر ذلك الحكم بقوله: يعني خلي سبيله مراد من قوله: وكذلك إن أقام البينة. (حميدية)

(١٤) زمان دادن.

(١) فراخي وتوانگري.

(٢) أي له خادم.

(٣) قوله: "تحرزًا عن إلخ" لأنه لا يجوز إهلاكه لمكان الدين، وعن أبي يوسف أنه لا يخرجه من السجن في غير هذه الصورة أيضًا، لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض، وأنه في الحبس وغيره سواء. (عناية)

(٤) أي في الحبس.

(٥) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعضهم: لا يمنع عن الاكتساب في السجن، لأن فيه نظرًا للجانبين لجانب المديون أنه ينفق على نفسه وعياله، ولرب الدين أنه إذا فضل منه شيء يصرف ذلك إليه. (ف)

(٦) قوله: "ليضجر" ضجر منه، وبه ضجرًا: محركة ناليد وپتيد وبي قراري نمود، وملول شد. (من)

(٧) الحبس.

(٨) أي شهوة البطن وشهوة الفرج.

(٩) أي يقاس.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "ولا يحول بينه [المديون المفلس]" حال بينهما حائل شد ميان آن هردو. (من)
قوله: "ولا يحول بينه إلخ" أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه. (ف)

(١٢) قوله: "لقوله عليه السلام: [قلت رواه الدارقطني في سننه". ت] لصاحب إلخ" فوجه التمسك به هو أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد [illegible] عن السجن وقبله. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٦، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨٣ ص١٩٩. (نعيم)

(١٣) أي الطلب.

(١٤) القدوري.

في القوة.

وقالا[١]: إذا فلّسه الحاكم[٢] حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا؛ لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح، فيثبت العسرة، ويستحق النَظِرة[٣] إلى الميسرة[٤]، وعند أبي حنيفة لا يتحقق القضاء بالإفلاس، لأن مال الله تعالى غادٍ[٥] ورائح[٦]، ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهرا، فيصلح للدفع[٧] لا لإبطال حق الملازمة.

وقوله[٨]: إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار[٩] تترجح على بينة الإعسار[١٠] لأنها أكثر إثباتًا[١١]، إذ الأصل هو العسرة، وقوله[١٢]: في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه[١٣] يدور معه أينما دار، ولا يجلسه في موضع لأنه حبس فيه[١٤].

ولو دخل[١٥] في داره لحاجته[١٦] لا يتبعه بل يجلس[١٧] على باب داره إلى أن

---

(١٥) قوله: "يقسم بينهم إلخ" أي يأخذ كل واحد منهم حصته من الدين، وهذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره، أو أخذ القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره، أما المديون في حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي. (عناية)

(١٦) أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين. (نت)

(١) الصاحبان.

(٢) تفليس حكم نمودن قاضي بر إفلاس كسى. (من)

(٣) تاخير كردن وزمان دادن. (من)

(٤) توانگرى وفراخى. (من)

(٥) غدا عليه غدواً: آمد او را بامداد. (من)

(٦) راح روحًا: شبا نگاه شد بجاى. (من)

(٧) أي لدفع الحبس. (حميدية)

(٨) أي قول القدوري.

(٩) قوله: "إلى أن بينة اليسار [آسانى وتوانگرى. من] إلخ" اليسار اسم للإيسار من اليسر، أي الغنى والإعسار مصدر، أي الفقر، وفي بعض النسخ: على بينة العسار بمعنى الإعسار، قال في "المغرب": وهو خطأ. (ع)

(١٠) قوله: "الإعسار" إعسار نيازمند شدن وتنگدست گرديدن. (من)

(١١) قوله: "أكثر إثباتًا" لأنها تشهد بالوجود، والآخرى بالنفي والبينة المثبتة أولى من النافية. (تبيين)

(١٢) أي قول القدوري.

(١٣) غريم تفسير للملازمة. (ع)

(١٤) قوله: "لأنه حبس فيه" وهو ليس بمستحق عليه، وعن محمد أنه قال: للمدعي أن يجلسه في مسجد حيه أو بيته، لأنه ربما يطوف في الأسواق والسكك بغير حاجة، فيتضرر المدعي. (ع)

يخرج، لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة، ولو اختار المطلوب والحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب؛ لأنه[١] أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه، إلا إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بيّن، بأن لا يمكنه من دخوله داره، فحينئذ يحبسه دفعًا للضرر عنه.

ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها؛ لما فيها من الخلوة بالأجنبية، ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها.

قال[٢]: ومن أفلس[٣] وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه[٤] فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه، وقال الشافعى: يحجر القاضى[٥] على المشترى بطلبه[٦]، ثم للبائع خيار الفسخ، لأنه عجز المشترى عن إيفاء الثمن، فيوجب ذلك[٧] حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع[٨].

وهذا لأنه عقد معاوضة[٩]، وقضيته[١٠] المساواة، وصار كالسلم[١١]. ولنا أن

---

(١٥) المديون.

(١٦) قوله: "لحاجته [كغذاء وغائط]" وعن هذا قيل: إن أعطاه الغذاء وأعدله موضعًا لأجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب. (عناية)

(١٧) الغريم.

(١) أى لأن خيار الطالب.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "ومن أفلس" يقال: أفلس الرجل إذا لم يبقَ فى يده مال كان دراهمه صارت فلوسًا كما يقال: أخبث الرجل إذا صار أصحابه خبثًا، وأقطف إذا صارتْ دابته قطوفًا. (بناية)

(٤) أى من ذلك الرجل.

(٥) من التصرف كالبيع ونحوه.

(٦) أى بطلب البائع الحجر عليه.

(٧) هذا العجز.

(٨) فإنه يوجب حق الفسخ.

(٩) قوله: "وهذا [بيع] لأنه إلخ" بيان لصحة القياس ههنا، ومداره على تحقق العلة الجامعة، وهو كون البيع عقد معاوضة. (مل)

(١٠) وفى نسخة: من قضيته.

(١١) قوله: "وصار كالسلم" فإنه إذا انقطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم مع أنه عجز عن تسليم شيء هو غير مستحق عليه بالعقد، لأن المسمى بالعقد الدين فى الذمة، وبانقطاع المسلم فيه عن أيدى الناس ثبت العجز عن العين، وهو غير مستحق بالعقد، فكذا إذا عجز المشترى بالإفلاس عن تسليم العين يوجب حق الفسخ للبائع، وإن لم يكن العين مستحقًا بالعقد. (ك)

الإفلاس[١] يوجب العجز عن تسليم العين[٢]، وهو غير مستحق بالعقد[٣]، فلا يثبت حق الفسخ[٤] باعتباره[٥]، وإنما المستحق[٦] وصف[٧] فى الذمة[٨] أعنى الدين، وبقبض العين[٩] يتحقق بينهما[١٠] مبادلة[١١]، هذا هو الحقيقة، فيجب اعتبارها إلا فى موضع التعذر[١٢] كالسلم، لأن الاستبدال ممتنع، فأعطى للعين حكم الدين، والله أعلم.

كتاب المأذون[١٣]

الإذن[١٤] هو الإعلام لغةً، وفى الشرع: فكّ الحجر[١٥]، وإسقاط الحق[١٦]

---

(١) أى إفلاس المشترى.

(٢) المنقودة من الدراهم والدنانير. (ف)

(٣) قوله: "وهو غير مستحق إلخ" توضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن، وهو يملك به دينًا فى الذمة، وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله، فلا فرق بين المفلس والمليء. (عناية)

(٤) قوله: "فلا يثبت [للبائع] إلخ" أى العجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ، لأنه لم يكن طريقًا متعينًا لدفع ضرره، والوصول إلى حقه لجواز أن يظهر له مال لم يكن له علم به أو يحدث له مال بسبب، بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع، لأنه عجز عن تسليم المستحق بالعقد، وبخلاف السلم، لأنه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكمًا، لأن العين فى باب السلم أعطى له حكم الدين الواجب فى الذمة، لأن الاستبدال فيه ممتنع شرعًا، فكان عجز المسلم إليه كعجز البائع عن تسليم المبيع، فيوجب حق الفسخ. (ك)

(٥) أى اعتبار هذا الإفلاس.

(٦) بالعقد. (ك)

(٧) أعنى الدين. (ف)

(٨) أى ذمة المشترى.

(٩) قوله: "وبقبض العين [إذا قبض البائع] إلخ" جواب عما يقال: لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا يبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة. وتقريره أن قضاء الدين واجب، وذلك بالوصف الثابت فى الذمة غير متصور، وجعل الشارع العين بدلا عنه، فإذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث إنه يثبت لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وصف، فيلتقيان قصاصًا هذا هو الحقيقة، أى تحقق المبادلة هو الحقيقة فى قضاء الدين، فيجب اعتباره ما لم يتعذر. وفيما نحن فيه غير متعذر لمكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد، وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم، فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس سلمك» فيجب أن يجعل العين فى مقابلة ما فى الذمة عين ما فى الذمة، وكان العجز عنه عجزًا عما أوجبه العقد، وذلك يوجب الفسخ. (عناية)

(١٠) أى بين البائع والمشترى.

(١١) حكمية. (ك)

(١٢) أى تعذر المبادلة.

(١٣) قوله: "كتاب" إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر لظاهر المناسبة، إذ الإذن يقتضى سبق الحجر، فلما رتبا وجودًا، رتبا أيضًا ذكرًا. (نت)

(١٤) قوله: "الإذن" هو الإعلام لم أرقط فى كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجيء الإذن بمعنى الإعلام وإنما

عندنا[١]، والعبد بعد ذلك[٢] يتصرف لنفسه بأهليته، لأنه بعد الرق بقى أهلا للتصرف[٣] بلسانه الناطق، وعقله المميّز وانحجاره عن التصرف لحق المولى؛ لأنه ما عهد[٤] تصرفه إلا موجبًا لتعلق الدين برقبته أو كسبه، وذلك[٥] مال المولى، فلا بد من إذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه، ولهذا[٦] لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى[٧]، ولهذا[٨] لا يقبل التوقيت[٩]، حتى لو أذن لعبده يومًا كان مأذونًا أبدا حتى يحجر عليه، لأن الإسقاطات لا تتوقف[١٠].

ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة[١١]، كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى فيسكت، يصير مأذونًا عندنا، خلافًا لزفر والشافعى[١٢]، ولا فرق بين أن يبيع عينًا مملوكًا للمولى أو الأجنبى بإذنه، أو بغير إذنه بيعًا صحيحًا أو فاسدًا، لأن كل من رآه يظنه مأذونًا له فيها فيعاقده[١٣]، فيتضرر به[١٤] لو لم يكن مأذونًا له، ولو لم يكن المولى

المذكور فيها كون الإذن بمعنى الإعلام، ولعلهم تسامحوا فى التفسير، فعبروا عن معنى الإذن من إذن له فى الشىء إذنا، أى أباحه، كما صرح به فى القاموس بما يلازمه عادة من الإعلام. (نت)

(١٥) الثابت بالرق. (ك)

(١٦) قوله: "وإسقاط الحق [كالتفسير لقوله: فك الحجر] إلخ" وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة، وأنه يمنع تعلق حق الغير بها، وأنه بالإذن أسقط حقه، فعاد متصرفاالمالكية الأصلية وأهليته نفسه. (ك)

(١) إشارة إلى خلاف الشافعى رح، فإن الإذن عنده توكيل وإنابة.

(٢) الإذن.

(٣) فكلامه معتبر شرعًا. (ك)

(٤) إذ لا مال له.

(٥) أى رقبته وماله.

(٦) أى لأجل أن العبد يتصرف بعد ذلك لنفسه.

(٧) ولو كان إنابة لرجع بالثمن على المولى كالوكيل. (حميدية)

(٨) أى لكونه إسقاطًا.

(٩) قوله: "لا يقبل [الإذن] التوقيت" فإنه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الأصلية، وإنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على أنه إسقاط لحق المولى لا غير، والإسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق. (عناية)

(١٠) قوله: "لا تتوقت" فإن قيل: لو كان إسقاطًا لما كان للمولى ولاية الحجر بعده، لأنه أسقط حقه، والساقط لا يعود. قلنا: بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق، فكان فى الحجر امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لا لأن الساقط لا يعود. (ك)

(١١) قوله: "يثبت بالدلالة" أما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى، فلا ينهاه، ويصير مأذونًا له فى التجارة عنده إلا فى البيع الذى صادفه السكوت، وأما فى الشراء فيصير مأذونًا. (بدائع)

(١٢) قوله: "خلافًا لزفر والشافعى" قالا: السكوت يحتمل الرضاء، وقلة الالتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه مهجور، وفرط الغيظ، والمحتمل لا يكون حجة، قلنا: جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان والسكوت فى موضع الحاجة إلى البيان بيان. (عناية)

راضيًا به لمنعه دفعًا للضرر عنهم.

قال[١]: وإذا أذن المولى لعبد في التجارة إذنًا عامًّا جاز تصرفه في سائر التجارات[٢]، ومعنى هذه المسألة أن يقول له: أذنت لك في التجارة، ولا يقيده[٣]، ووجهه أن التجارة اسم عام[٤] يتناول الجنس، فيبيع ويشتري ما بدا له من أنواع الأعيان، لأنه[٥] أصل التجارة[٦].

ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير، فهو جائز[٧]؛ لتعذر الاحتراز عنه، وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة خلافًا لهما، هما يقولان: إن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع[٨] حتى اعتبر[٩] من المريض من ثلث ماله، فلا ينتظمه الإذن كالهبة[١٠].

وله أنه[١١] تجارة، والعبد متصرف بأهلية نفسه، فصار[١٢] كالحر، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون[١٣].

---

(١٣) قوله: "فيعاقده" اعتمادًا على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده نهاه عنه، ويؤد به عليه. (نت)

(١٤) قوله: "فيتضرر به" أي فيما إذا لحقته ديون، ثم قال المولى ليس بمأذون يتأخر الديون إلى ما بعد العتق، ولا يدرى متى يعتق، وهل يعتق أم لا، فيكون فيه إتواء حقهم، فإذا رآه يبيع ويشترى ولم ينهه يثبت إذنه إذ لو لم يكن راضيًا به لمنعه دفعا للضرر عنهم حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف. (ك)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بالاتفاق.

(٣) قوله: "ولا يقيده" أي ولا يقيد الإذن بنوع من التجارة، أما لو قيد بنوع منها بأن يقول: أذنت لك في التجارة في البحر يكون مأذونًا أيضًا عندنا في جميع أنواع التجارات، خلافًا لزفر والشافعي، فكان فائدة ذكر معنى المسألة نفي الخلاف، لا أن يكون مأذونًا في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها. (ك)

(٤) قوله: "اسم عام" لأنه محلى بالألف واللام، وهما لاستغراق الجنس حيث لم يسبقه معهود يتقيد به فيستغرق جنس التجارات. (ك)

(٥) البيع والشراء.

(٦) والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها. (ع)

(٧) بالاتفاق.

(٨) قوله: "بمنزلة التبرع إلخ" فإن البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود، إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإتلاف، فكان بمنزلة التبرع، ولهذا اعتبر من المريض من الثلث، وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود. (ع)

(٩) أي البيع بالغبن الفاحش.

(١٠) قوله: "كالهبة" أي المحاباة وهي أن يبيع عبدا قيمته مائتان بمائة مثلا والهبة كالوصية إذا كان في مرض الموت، فيعتبر من الثلث، كذا في مجمع الأنهر.

(١١) قوله: "وله أنه" أي أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر، فيملكه العبد المأذون، لأنه بعد الإذن كالحر يتصرف بأهلية نفسه، كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة، وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون. (ع)

(١٢) بعد الإذن.

ولو حابى[١] في مرض موته يعتبر من جميع ماله[٢] إذا لم يكن عليه دين، وإن كان فمن جميع ما بقى[٣]؛ لأن الاقتصار[٤] فى الحر على الثلث لحق الورثة، ولا وارث للعبد[٥]، وإذا كان الدين محيطًا بما في يده يقال للمشترى[٦]: ادّ جميع المحاباة، وإلا فاردد البيع، كما فى الحر[٧]. وله أن يسلم ويقبل السلم[٨]؛ لأنه[٩] تجارة، وله أن يؤكل بالبيع والشراء؛ لأنه قد لا يتفرغ بنفسه[١٠].

قال[١١]: ويرهن ويرتهن؛ لأنهما من توابع التجارة، فإنهما إيفاء واستيفاء، ويملك أن يتقبل[١٢] الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت؛ لأن كل ذلك من صنيع التجارة. ويأخذ الأرض مزارعة[١٣]، لأن فيه تحصيل الربح، ويشترى طعامًا، فيزرعه فى أرضه؛ لأنه يقصد به الربح، قال عليه السلام: «الزارع يتاجر ربه».

وله أن يشارك شركة عنان[١٤]، ويدفع المال مضاربة ويأخذها؛ لأنه من عادة التجار، وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافًا للشافعى، وهو يقول: لا يملك العقد على نفسه[١٥]، فكذا على منافعه، لأنها تابعة لها.

---

(١٣) قوله: "وعلى هذا إلخ" أي على هذا الخلاف الصبى إذا أذن أبواه فى التجارة أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبى حنيفة رح. (ع)

(١) أى العبد المأذون محاباة فروگذاشت كردن. (من)

(٢) وإن زادت المحاباة من ثلث ماله. (ع)

(٣) قوله: "فمن جميع ما بقى [بعد أداء الدين]" يعنى يؤدى دينه أولا، فما بقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة. (ع)

(٤) فى بيع المحاباة.

(٥) قوله: "ولا وارث للعبد" لا يقال: إن المولى بمنزلة الوارث، لأنه رضى بسقوط حقه بالإذن، فصار كالوارث إذا أسقط حقه فى الثلثين فإنه ينفذ تصرف المريض فى الكل. (ك)

(٦) قوله: "يقال [وبطل المحاباة] إلخ" لأنه لزمه زيادة فى الثمن لم يرض هو به، فيخير لذلك. (ك)

(٧) إذا حابى فى مرض موته.

(٨) قوله: "وله أن يسلم إلخ" أى وللمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه. (ك)

(٩) بيع سلم.

(١٠) فجاز الاستعانة بغيره.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى يستأجرها. (ك)

(١٣) قوله: "مزارعة" المزارعة عقد على الزرع ببعض الخارج، وهى فاسدة عند الإمام، وعندهما جائزة، وبقولهما يفتى بتعامل الناس. (مجمع الأنهر)

(١٤) قوله: "شركة عنان [قد مر بيان شركة العنان وشركة المفاوضة، فارجع إليه]" وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لأنها تنعقد على الوكالة والكفالة، والكفالة لا تدخل تحت الإذن فلو فعل ذلك كانت عنانًا، لأن فى المفاوضة عنانًا وزيادة، فصحت بقدر ما يملك المأذون وهو الوكالة. (ع)

ولنا أن نفسه رأس ماله[١]، فيملك التصرف فيها إلا إذا كان[٢] يتضمن إبطال الإذن كالبيع، لأنه[٣] ينحجر به[٤] والرهن، لأنه يحبس به[٥]، فلا يحصل مقصود المولى، أما الإجارة لا ينحجر[٦] به، ويحصل به المقصود، وهو الربح، فيملك[٧].

قال[٨]: فإن أذن له فى نوع منها[٩] دون غيره فهو مأذون فى جميعها[١٠]، وقال زفر والشافعى: لا يكون مأذونًا إلا فى ذلك النوع، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر[١١]. لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى، لأنه[١٢] يستفيد الولاية من جهته، ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد، ولهذا يملك حجره، فيتخصص بما خصه كالمضارب[١٣]. ولنا أنه إسقاط الحق[١٤]، وفك الحجر على ما

---

(١٥) كبيع نفسه وهبتها ورهنها.

(١) قوله: "رأس ماله" لأن المولى أذن له بالاكتساب، ولم يدفع إليه مالا، وما هو رأس المال للمأذون له، فهو يملك التصرف فيه ضرورة، فالمأذون له يملك التصرف فى نفسه إلا إذا إلخ. (ع)

(٢) أى التصرف فى نفسه.

(٣) العبد المأذون.

(٤) البيع.

(٥) الرهن.

(٦) العبد المأذون.

(٧) الإجارة.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) كالبر مثلا. (ع)

(١٠) أى فى جميع أنواع التجارة.

(١١) قوله: "إذا نهاه إلخ" أى إذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما إذا سكت عن النهى عن التصرف فى نوع آخر منها بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها، والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع، أو سكت عنه يكون مأذونًا فى جميع التجارات خلافًا لزفر والشافعى رح، كما ذكر فى "الإيضاح". (نت)

(١٢) أى لأن العبد المأذون.

(١٣) قوله: "كالمضارب" وإن قيدت المضاربة ببلد معين بأن يقول رب المال للمضارب: دفعته مضاربة فى الكوفة مثلا، أو سلعة، أى متاع معين، بأن قال: دفعته مضاربة فى الكرباس مثلا، أو وقت معين بأن قال: دفعته مضاربة بالصيف مثلا، أو عامل معين بأن قال: دفعته مضاربة لفلان، فليس له أى للمضارب أن يتجاوز مما عينه المالك، لأن المضاربة توكيل. (مجمع الأنهر)

(١٤) قوله: "أنه إسقاط إلخ" أقول لقائل أن يقول: إن أريد أنه إسقاط الحق بجملته، وفك الحجر برمته فهو مم كيف، ولو كان كذلك لصح هبته وإقراضه ونحوهما من التبرعات، وليس كذلك قطعًا، وإن أريد أنه إسقاط الحق، وفك الحجر فى بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى إذ لا يلزم منه إسقاطه وفكه فى جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونًا له فى جميعها كما هو المدعى. (نت)

بيناه[١]، وعند ذلك[٢] يظهر مالكية العبد، فلا يتخصص بنوع دون نوع، بخلاف الوكيل[٣]، لأنه يتصرف فى مال غيره، فتثبت له الولاية من جهته، وحكم التصرف[٤] وهو الملك[٥] واقع للعبد، حتى كان له[٦] أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه.

قال[٧]: وإن أذن له فى شيء بعينه[٨]، فليس بمأذون[٩]؛ لأنه استخدام، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة[١٠] أو طعام رزقًا لأهليه، وهذا لأنه لو صار مأذونًا ينسد عليه باب الاستخدام[١١]، بخلاف ما إذا قال: أدّ إلى الغلة[١٢] كل شهر كذا، أو قال: أدّ إلى ألفًا وأنت حر؛ لأنه طلب منه المال، ولا يحصل[١٣] إلا

---

(١) فى أول كتاب المأذون. (٦)

(٢) قوله: "وعند ذلك [الإسقاط] إلخ" يعنى أن العبد له مالكية التصرفات كالحر لكنه لا يظهر مالكيته لرعاية حق المولى فيكون محجوراً عن التصرفات، ويكون الإذن فك الحجر لا إثبات المالكية، فإذا وقع الإذن فى نوع خاص منها يظهر المالكية العامة، ولا ينفع تخصيصه، لأن العموم الذى هو لازم المالكية ينافى التخصيص، ولو كان الإذن إثبات مالكية يختص بما خصص به المولى. (أعظمى)

(٣) قوله: "بخلاف الوكيل إلخ" يجوز أن يكون جوابًا عن قوله: كالمضارب، لأن المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته، لأنه يتصرف فى مال غيره. (٦)

(٤) قوله: "وحكم التصرف إلخ" جواب لقوله: ويثبت الحكم للمولى، وهو ممانعة بالسند، أى لا نسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى، بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة بغير إذن المولى، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه، وموضعه أصول الفقه. (عناية)

(٥) أى ملك اليد. (ك)

(٦) العبد.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) مثل أن يقول: اشتر هذا الثوب بعينه، أو ثوبًا للكسوة. (٦)

(٩) قوله: "فليس بمأذون" كلام المصنف يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعى والشخصى والإذن بالأول إذن دون الثانى. (٦)

(١٠) قوله: "للكسوة" قيد به لأنه إنما يكون استخدامًا، إذا أمر بتصرف واحد، أما إذا قال: اشتر لى ثوبًا وبعه يكون مأذونًا. (ك)

(١١) قوله: "ينسد إلخ" فإن كل من علم أنه لو أذن لمملوكه فى شراء بقل أو جمد بفلس، أو ما أشبه ذلك يصير مأذونًا فى التجارة، وبعد ذلك يصح إقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوى بذلك رقبته وكسبه، فيمتنع عن استخدام مملوكه فى ذلك، فيفوت عليه مقاصده فى الاستخدام، فلهذه الضرورة جعلنا الإذن فى بعض الصور إذنًا فى التجارة وفى بعضها جعلناه استخدامًا، فالفاصل بينهما أنه إذا أذن له بعقود متكررة مرة بعد أخرى يعلم أن مراده الربح، فيجعل ذلك إذنًا فى التجارة، كما إذا قال: اشتر لى ثوبًا، وبعه، لأنه أمره بعقود متكررة، وكذا لو قال: بع ثوبى هذا واشتر بثمنه كذا يصير مأذونًا فى التجارة، وإذا أذن له بعقد واحد لا يجعل ذلك إذنًا فى التجارة، بل يعتبر استخدامًا كما إذا قال: اشتر لى ثوبًا لكسوة لأنه أمره بعقد واحد، فلا يكون هذا إذنًا فى التجارة، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل. (ك)

(١٢) غلة –بالفتح– در آمد چيزى از حبوب ونقود وجزآن وآمد كرايه مكان ومزد غلام، وما حصل زمين. (من)

بالكسب، أو قال له: اقعد صباغًا أو قصاراً[١]، لأنه أذن[٢] بشراء ما لا بد منه لهما، وهو نوع، فيصير[٣] مأذونًا في الأنواع.

قال[٤]: وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز، وكذا بالودائع، لأن الإقرار من توابع التجارة[٥]، إذ لو لم يصح[٦] لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته، وإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر[٧]، بخلاف الإقرار بما يجب من المال[٨] لا بسبب التجارة، لأنه كالمحجور في حقه[٩].

قال[١٠]: وليس له أن يتزوج، لأنه ليس بتجارة، ولا يزوج مماليكه، وقال أبو يوسف: يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها[١١]، فأشبه إجارتها[١٢].

ولهما أن الإذن[١٣] يتضمن التجارة، وهذا[١٤] ليس بتجارة، ولهذا لا يملك تزويج العبد[١٥]، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون[١٦] والمضارب والشريك شركة

---

(١٣) المال.

(١) گازر.

(٢) دلالة.

(٣) العبد.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "توابع التجارة" أما الديون والودائع فظاهر، فإن البائع قد لا يقبض الثمن، فيكون دينًا، أو يقبض فيودع عنده، وأما بالغصوب فلأن الغصب يوجب الملك عند الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة، ومن ملك التجارة ملك توابعها، لأنه لو لم يملكها لأدى ذلك إلى انتفاء التجارة. (عناية)

(٦) الإقرار.

(٧) قوله: "كما في الحر [والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهما من المال والكسب. ع]" دين صحة المريض ما ألزمه في مرضه مرض الموت بسبب معروف كبدل ملكه بالاستقراض أو بالشراء، وعاينها الشهود، أو أهلك مالاً، أو تزوج بمهر مثلها وعاينها الناس سواء، ويقدمان على ما أقر به في مرضه، ولو كان المقر به وديعة. (مجمع الأنهر)

(٨) قوله: "بما يجب إلخ" كما لو أقر بجناية على حر أو عبد، أو مهر وجب عليه بنكاح جائز، أو فاسد، أو شبهه، فإن إقراره باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق، لأن فك الحجر إنما ظهر في حق التجارة، وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة، فصار إقراره فيها، وإقرار المحجور سواء.

(٩) أي في حق ذلك المال.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) وهو المقصود بالإذن. (ف)

(١٢) [الأمة] فإنها تجوز للمأذون.

(١٣) أن الإذن" أي سلمنا أن الإذن لتحصيل المال لكن لا مطلقًا بل على وجه يكون من صنيع التجار. (ف)

(١٤) أي ترويج الأمة.

عنان[1] والأب والوصي.

قال[2]: ولا يكاتب؛ لأنه ليس بتجارة إذ هي مبادلة المال بالمال، والبدل فيه[3] مقابل بفك الحجر[4]، فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى[5] ولا دين عليه[6]؛ لأن المولى قد ملكه[7] ويصير العبد نائبًا عنه، ويرجع الحقوق[8] إلى المولى، لأن الوكيل في الكتابة سفير.

قال: ولا يعتق على مال؛ لأنه لا يملك الكتابة[9]، فالإعتاق أولى، ولا يقرض؛ لأنه تبرع محض كالهبة، ولا يهب بعوض، ولا بغير عوض، وكذا لا يتصدق؛ لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء[10]، أو ابتداء[11]، فلا يدخل تحت

---

(١٥) قوله: "ولهذا لا يملك إلخ" توضيح بما ليس بواضح لعزائة عن تحصيل المال بالكلية، بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة. (ع)

(١٦) قوله: "وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون إلخ" يعني أن هؤلاء يملكون تزويج العبد بالاتفاق لا تزويج الأمة عندهما، خلافًا لأبي يوسف، قال في "النهاية" في هذه الرواية نظر، لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن للأب والوصي أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الأب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب، وللمكاتب أن يزوج أمته، لأنه اكتساب لاستفادته المهر، وما ذكره في المكاتب أصح، لأنه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتيمية ومختصر الكافي، وأحكام الصغار، وقال بعض الشارحين: يحمل على أن في المسألة روايتين. (ع)

(١) وقد مر بيان شركة العنان، فارجع هناك.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي في الكتابة.

(٤) وهو ليس بمال. (ع)

(٥) قوله: "إلا أن يجيزه المولى" فحينئذ يجوز إذا لم يكن عليه دين، لأن هذا عقد له مجيز حال وقوعه، فيتوقف على الإجازة، ويكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، وبيانه أن كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة، فيملك الإجازة. (ك)

(٦) قوله: "ولا دين [الواو حالية] عليه" قيد به لأنه لو كان عليه دين كثير أو قليل فكتابته باطلة، وإن أجازه المولى، لأن المولى بالإجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد، وقيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر، كما لو أخذه من يده وعليه دين، وإذا لم يكن على العبد دين وكاتب عبده فأدى المكاتب جميع الكتابة قبل إجازة المولى لم يعتق، لأن ما أخذ ملك رقيقه والمكاتبة غير نافذة.

وإن كان المولى أجاز الكتابة وعلى العبد دين محيط فهذا والأول سواء في قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن المولى لا يملكه فلا ينفذ إجازته، وأما عندهما فالمكاتب حر والمولى ضامن بقيمته للغرماء. (ك)

(٧) الكتابة.

(٨) قوله: "ويرجع الحقوق" وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز، وثبوت الولاء بعد العتق إلى المولى، لأن الوكيل في الكتابة سفير لكونها إسقاطًا، فكان قبض البدل إلى من نفذ العتق من جهته. (ع)

(٩) قوله: "لا يملك الكتابة" مع أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، فأولى أن لا يملك الإعتاق على مال، لأنه إعتاق في الحال. (ك)

(١٠) كما في الهبة بغير العوض.

الإذن بالتجارة. قال: إلا أن يهدى اليسير من الطعام[١]، أو يضيف[٢] من يطعمه؛ لأنه من ضرورات التجارة استجلاباً[٣] لقلوب المجاهزين[٤]، بخلاف المحجور عليه، لأنه لا إذن له أصلا، فكيف يثبت ما هو من ضروراته.

وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت[٥] يومه، فدعا بعض رفقاءه على ذلك الطعام، فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر، لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى، قالوا: ولا بأس للمرأة أن تتصدق[٦] من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف[٧] ونحوه، لأن ذلك[٨] غير ممنوع عنه في العادة.

قال: وله أن يحط[٩] من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار؛ لأنه من صنيعهم، وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب[١٠] ابتداء، بخلاف ما إذا حط من غير عيب، لأنه تبرع محض بعد تمام العقد، فليس من صنيع التجار، ولا كذلك[١١] المحاباة[١٢] في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه[١٣]، وله أن يؤجل في دين قد وجب له؛ لأنه[١٤] من عادة التجار.

---

(١١) كما في الهبة على العوض.

(١) يشير إلى أن إهداء غير المأكولات لا يصح أصلا. (ع)

(٢) قوله: "أو يضيف" أى ضيافة يسيرة، والضيافة اليسيرة معتبرة بمال التجارة، قال محمد ابن مسلمة: إن كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم، واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيراً، وإن كان مال تجارة عشرة مثلا، فاتخذ ضيافة بمقدا دانق، فكذلك يكون كثيراً عرفًا. (ع)

(٣) قوله: "استجلاباً" استجلبه خواست كشيدن شدن چيزى از جاى. (من)

(٤) قوله: "لقلوب المجاهزين [مجاهز تاجر مالدار وغنى. من]" المجاهز هو الغنى من التجار فكأنه أريد المجهز، وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع، أو يسافر به فحرف إلى المجاهز، كذا في "المغرب". (عناية)

(٥) بالضم: خورش باندازه قوام بدن إنسان. (من)

(٦) أو بدون انضمام رأى الزوج.

(٧) كأمير نان گرده. (من)

(٨) أى التصدق بالشيء اليسير.

(٩) إذا باع ووجد المشترى فيه عيباً.

(١٠) أى بالفسخ.

(١١) قوله: "ولا كذلك المحاباة إلخ" يمكن أن يكون جوابًا عن سؤال مقدر، تقريره أن يقال: كيف جوزتم محاباة المأذون مع أن فيها حطًا من الثمن. (عينى)

(١٢) محاباة فروگذاشت كردن. (من)

(١٣) إشارة إلى قوله: استجلاباً لقلوب المجاهزين. (ك)

(١٤) التأجيل.

قال[١]: وديونه متعلقة برقبته[٢] يباع للغرماء[٣] إلا أن يفديه المولى[٤]، وقال زفر والشافعي: لا يباع[٥] ويباع كسبه في دينه[٦] بالإجماع.
لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال[٧] قد كان له، وذلك[٨] في تعليق الدين بكسبه[٩]، حتى إذا فضل شيء منه[١٠] على الدين يحصل له لا بالرقبة[١١] بخلاف دين الاستهلاك[١٢]، لأنه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن[١٣] ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى، فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك[١٤]، والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا[١٥]

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "وديونه إلخ" أي إذا وجب الديون على المأذون بالتجارة، أو بما هو في معناه، فإن كان له كسب بيع بدينه بالإجماع، وإن لم يكن له كسب يتعلق برقبته يباع للغرماء. (ع)

(٣) قوله: "يباع إلخ" أي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضى المولى، فإن قيل: ما وجه البيع على قول أبي حنيفة، وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين، وبيع القاضي العبد بغير رضى مولاه حجر عليه.
أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لأنه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء، وحجر المحجور غير متصور. (نت)

(٤) قوله: "إلا أن يفديه المولى" أي يؤدي جميع الديون ولم يرد به أداء قيمته، وهذا لأن حق الغرماء هو الدين، فإذا استوفاه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع. (ك)
قوله: "إلا أن يفديه إلخ" إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً لأن اختيار الفداء من الغائب غير متصور، لأن الخصم في رقبة العبد هو المولى، فلا يجوز البيع إلا بحضرته، أو حضرة نائبه، بخلاف الكسب فإنه لا يحتاج فيه إلى حضور المولى، لأن العبد خصم فيه. (ع)

(٥) قوله: "لا يباع" لأن الدين يتعلق بالكسب لا بالرقبة عندهما. (تبيين)

(٦) قوله: "ويباع إلخ" وأبو حنيفة إنما لا يرى الحجر على الحر المكلف، فأما العبد فيرى الحجر عليه، ألا ترى أن المولى يحجره، فكذا جاز حجر القاضي عليه ببيع الكسب عليه. (ك)

(٧) أي العبد.

(٨) قوله: "وذلك [أي غرض المولى]" أي تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة. (ك)

(٩) العبد.

(١٠) الكسب.

(١١) معطوف على قوله: بكسبه.

(١٢) قوله: "بخلاف دين الاستهلاك [أي إذا استهلك شيئاً يباع فيه ويتعلق الدين برقبته]" فإنه يباع فيه، لأنه لا تعلق له بالإذن، فإن وجوبه بالجناية، وقبل الإذن يباع بدين الاستهلاك، فكذا بعده. (ك)

(١٣) قوله: "لا يتعلق بالإذن" ولهذا لو كان محجوراً عليه بيع بذلك، وليس الكلام في ذلك، وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن. (ع)

(١٤) فإنه يتعلق برقبة العبد.

(١٥) قوله: "وهذا [إشارة إلى ظهور وجوب ذلك الدين في حق الولي لا غير. نتائج]" إشارة إلى دفع الضرر،

لأن سببه[١] التجارة، وهى داخلة تحت الإذن، وتعلق الدين برقبته[٢] استيفاء حامل[٣] على المعاملة، فمن هذا الوجه صلح غرضًا للمولى، وينعدم الضرر فى حقه[٤] بدخول المبيع فى ملكه[٥]، وتعلقه بالكسب[٦] لا ينافى تعلقه بالرقبة، فيتعلق بهما، غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة. وقوله فى الكتاب[٧]: ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة، أو بما هو فى معناها كالبيع والشراء[٨] والإجارة[٩] والاستئجار، وضمان المغصوب والودائع[١٠] والأمانات[١١] إذا جحدها وما يجب من[١٢] العقر[١٣] بوطئ المشتراة بعد الاستحقاق لا ستناده إلى الشراء[١٤]، فيلحق به[١٥].

وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة، لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف، فمسببه داخل تحته، وإذا كان داخلا تحته كان ملتزما، ولو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرارًا، لأن الكسب قد لا يوجد. (٨)

(١) أى سبب هذا الدين الواجب.

(٢) وقوله: "وتعلق الدين إلخ" جواب عن قولهما إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال إلخ، وبيانه أن الدين إذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان حاملا على المعاملة، فيكثر المعاملة، ويزداد الربح، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، فإن خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضًا للمولى. (٤)

(٣) أى حامل للغير على معاملة المأذون. (ك)

(٤) قوله: "وينعدم الضرر إلخ" أى فإن قيل: لا يصلح أن يكون غرضا لأنه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا أجاب عنه بقوله: وينعدم إلخ والمراد بالديون ما وجب بالتجارة، وذلك لا يكون إلا بعد دخول مبيع، أو ما هو فى معناه فى ملك المولى، ودخوله فى ملكه يقابل ما يفوته، والظاهر أن يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد، لأن الشراء بغبن فاحش نادر. وقيل: معنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشترى الديون التى على العبد بالعبد، ولو لم تكن مساوية بقيمته كان ذلك شراء بغبن فاحش، وهو نادر مع أنه لو لم تكن ساوته لاختار أداء الديون دون بيع العبد. (مل)

(٥) الذى وجب بسببه الدين على العبد.

(٦) قوله: "وتعلقه [دين] إلخ" جواب عما يقال: أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة. (٤)

(٧) أى مختصر القدورى. (٤)

(٨) قوله: "كالبيع والشراء" ونظير قوله: دين وجب بالتجارة، وقوله: والإجارة والاستئجار إلى آخره نظير قوله: أو بما هو فى معناها، وصورة وجوب الدين بالبيم هو أن يبيع، ويستحق المبيع والثمن ملك فى يده. (ك)

(٩) قوله: "والإجارة" بأن يستعجل الأجرة ثم هلك المستأجر قبل تمام المدة. (ك)

(١٠) قوله: "والودائع إلخ" الوديعة أخص لأن الودع الترك وهو أن يترك الشيء فى يد الغير قصداً، والأمانة ما يقع فى يد الغير، ولو لا عن قصد كما إذا هبت الريح على ثوب وألقته فى حجر رجل. (حميدية)

(١١) قوله: "والأمانات إلخ" ذكر الأمانات بعد ذكر الودائع، لأن الأمانة أعم من الوديعة ومن أنواع الأمانات مال المضاربة والعارية والبضاعة، ومال الشركة، وهذه الأشياء عند الجحود بها ينقلب غصبًا، فكان الضمان الواجب بهذه الأشياء ضمان غصب، لأن الأمين يصير غاصبًا للأمانة بالجحود. (ك)

(١٢) بيان ما.

(١٣) تقدم بيان العقر، فارجع.

قال[١]: ويقسم ثمنه بينهم بالحصص[٢] لتعلق حقهم بالرقبة، فصار كتعلقها[٣] بالتركة، فإن فضل شيء من ديونه[٤] طولب به[٥] بعد الحرية، لتقرر الدين في ذمته، وعدم وفاء الرقبة به، ولا يباع[٦] ثانيًا؛ كيلا يمتنع البيع[٧]، أو دفعًا للضرر عن المشتري[٨].

ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل[٩] قبل لحوق الدين أو بعده، ويتعلق[١٠] بما يقبل من الهبة، لأن المولى إنما يخلفه[١١] في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد، ولم يفرغ. ولا يتعلق[١٢] بما انتزعه المولى من يده قبل الدين؛ لوجود شرط الخلوص[١٣] له، وله أن يأخذ[١٤] غلة مثله[١٥] بعد الدين؛ لأنه لو لم يمكن منه يحجر عليه، فلا

---

(١٤) قوله: "لاستناده إلى الشراء" فإنه لو لا الشراء لوجب عليه الحد، ولم يجب عليه العقر، وسواء ثبت بإقراره أو بالبينة. (ك)

(١٥) أي بالشراء.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "ويقسم ثمنه [أي إذا باع القاضي العبد] إلخ" أي إن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حصته كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء. (عناية)

(٣) الديون.

(٤) العبد.

(٥) العبد.

(٦) العبد.

(٧) قوله: "كيلا يمتنع إلخ" يعني أن المشتري إذا علم أن العبد الذي اشتراه يباع في يده ثانيًا بدون اختياره كما في حق المولى بالإذن في التجارة يمتنع عن شرائه، فيمتنع البيع الأول حينئذ، فيتضرر الغرماء، فلذلك قلنا: إنه لا يباع ثانيًا. (ك)

(٨) قوله: "أو دفعًا للضرر إلخ" فإن المشتري لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيًا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه، بخلاف المولى الأول، فإنه أذن له في التجارة، فكان ملتزمًا بإذنه ضرر البيع على نفسه. (كفاية)

(٩) الكسب.

(١٠) الدين.

(١١) العبد.

(١٢) الدين.

(١٣) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حل أخذ المولى ذلك. (عناية)

(١٤) قوله: "وله أن يأخذ [كما كان يأخذ قبل ذلك. ع] إلخ" أي للمولى أن يأخذ الغلة وهي الضريبة التي يضرب المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استحسانًا، والقياس أن لا يجوز لأن الدين مقدم على حق المولى في الكسب. وجه الاستحسان أن في ذلك نفع الغرماء لأن حقهم يتعلق بمكاسبه، ولا يحصل المكاسب إلا ببقاء الإذن في التجارة، ولو منعناه عن أخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب. (كفاية)

(١٥) قوله: "غلة مثله" الغلة كل ما يحصل من ريع الأرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك. (عناية)

يحصل الكسب[١]، والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها[٢]، وتقدم حقهم.

قال[٣]: فإن حجر عليه[٤] لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه؛ لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه[٥]، وقد بايعوه على رجاء ذلك[٦]، ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر.

ولو بايعوه جاز[٧] وإن[٨] بايعه الذي علم بحجره، ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره، فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل[٩]، ويبقى العبد مأذونًا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إذ لم يعلم بالعزل[١٠]، وهذا لأنه يتضرر به[١١] حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق، وما رضي به، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعًا، أما إذا لم يعلم به[١٢] إلا العبد، ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه.

قال[١٣]: ولو مات المولى أو جن[١٤]، أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون

---

(١) فيتضرر الغرماء.

(٢) الزيادة.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) المولى.

(٥) قوله: "لما لم يتعلق برقبته إلخ" لأن العبد إن اكتسب شيئًا أخذه المولى، وإن لحقه دين أقام البينة أنه قد حجر عليه، فيتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم. (عناية)

(٦) أي تعلق حقهم برقبته وكسبه. (ع)

(٧) لأن الإذن لا يتجزى ابتداء فكذا بقاء. (ع)

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "كما في تبليغ الرسالة [فإن المعتبر الشيوع] إلخ" فإن الذمي إذا أسلم ولم يعلم بوجوب الصلاة حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الإسلام والحربي إذا أسلم في دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لأن حكم الخطاب غير منتشر في دار الحرب. (كفاية)

(١٠) فيبقى وكيلا.

(١١) أي بالانحجار بدون العلم.

(١٢) أي بالإذن.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) جنونًا مطبقًا، وقد تقدم في الوكالة تعريفه. (ع)

محجوراً عليه؛ لأن الإذن غير لازم، وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء[1] هذا هو الأصل[2]، فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء، وهي تنعدم بالموت والجنون[3]، وكذا باللحوق[4]، لأنه موت حكمًا حتى يقسم ماله بين ورثته[5]. قال[6]: وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه[7]، وقال الشافعي: يبقى مأذونًا، لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن[8]، فكذا لا ينافي البقاء، وصار كالغصب[9]. ولنا أن الإباق حجر دلالة، لأنه[10] إنما يرضى بكونه[11] مأذونًا على وجه يتمكن[12] من تقضية دينه بكسبه، بخلاف[13] ابتداء الإذن، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح، بخلافها، وبخلاف الغصب، لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر. قال[14]: وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها، خلافًا لزفر، وهو يعتبر البقاء[15] بالابتداء[16].

---

(١) قوله: "يعطى لدوامه حكم الابتداء" لأنه إذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ في كل ساعة، فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد، فإذا كان كذلك فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء. (كفاية)

(٢) أي الأمر الكلي.

(٣) قوله: "وهي تنعدم إلخ" الطلاق والإذن يشتركان في كونهما إسقاطًا، ولهذا لا يتوقتان بالتوقيت ويفترقان في اللزوم وعدمه، ولهذا يبقى الطلاق بعد الجنون دون الإذن لأن لبقاء الإذن حكم الابتداء بخلاف بقاء الطلاق. (أعظمي)

(٤) بدار الحرب.

(٥) باللحوق.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "صار محجوراً عليه" وإن عاد العبد من الإباق هل يعود الإذن لم يذكره محمد، والصحيح أنه لا يعود. (عناية)

(٨) قوله: "لا ينافي ابتداء الإذن" فإن المولى إذا أذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونًا فلأن لا ينافي بقاءه أولى، لأن البقاء أسهل من الابتداء. (عناية)

(٩) قوله: "وصار كالغصب" معناه لو أذن المولى العبد المغصوب يصح، فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الإذن فهنها كذلك، وذكر في "الذخيرة" أنه إن بقي للمالك إمكان الأخذ بأن الغاصب مقرًا، أو كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الإذن، لأنه إذا بقي له إمكان الأخذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمة، فيصح الإذن فكذلك يبقى الإذن وإن لم يبق للمالك إمكان الأخذ بأن كان الغاصب جاحداً ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الإذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته، فيمنع بقاء الإذن أيضًا. (كفاية)

(١٠) المولى.

(١١) العبد.

(١٢) المولى.

(١٣) فإنه يجوز.

(١٤) أي القدوري. (عيني)

ولنا أن الظاهر[١] أنه يحصنها[٢] بعد الولادة، فيكون[٣] دلالة الحجر عادة، بخلاف الابتداء، لأن الصريح قاض على الدلالة، ويضمن المولى قيمتها[٤] إن ركبتها ديون لإ تلافه محلا تعلق به حق الغرماء إذ به[٥] يمتنع البيع، وبه[٦] يقضي حقهم. قال[٧]: وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها[٨] فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة، ولا منافاة بين حكميهما[٩] أيضًا، والمولى ضامن لقيمتها[١٠] لما قررناه في أم الولد[١١].

قال[١٢]: فإذا حجر على المأذون فإقراره جائز[١٣] فيما في يده[١٤] من المال[١٥] عند أبي حنيفة، ومعناه أن يقر[١٦] بما في يده أنه أمانة لغيره، أو غصب منه، أو يقر بدين عليه، فيقضي[١٧] مما في يده.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز إقراره، لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو

---

(١٥) قوله: "وهو يعتبر إلخ" فإن المولى لو أذن لأم ولده جاز، فكذا إذا استولدها بعد الإذن وهو القياس. (عناية)

(١٦) أي لو أذن أم ولد جاز.

(١) قوله: "أن الظاهر أنه إلخ" أي الظاهر أن الإنسان يحصن أم ولده، ولا يرضى بخروجها، واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة، فيكون حجراً دلالة، ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء. (ع)

(٢) إحصان: نگهداشتن. (كنز)

(٣) الاستيلاد.

(٤) أم ولد.

(٥) أي بالاستيلاد.

(٦) أي بالبيع.

(٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٨) قوله: "أكثر من قيمتها" إنما قيد بكونها أكثر من قيمتها ليظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها. (عيني)

(٩) أي التدبير والإذن.

(١٠) مدبرة.

(١١) قوله: "لما قررناه في أم الولد" وهو قوله: لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء. (ك)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "فإقراره [لغير مولاه] جائز" بخلاف ما إذا بيع المأذون فإنه لا يجوز إقراره فيما في يده بالإجماع. (ك)

(١٤) قوله: "فيما في يده" قيد به لأنه لا يصح إقراره فيما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار. (ك)

(١٥) قوله: "من المال" قيد به لأنه لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالإجماع. (ك)

(١٦) قوله: "ومعناه إلخ" إنما فسره بذلك لأن مطلق الإقرار منه ما كان مضموناً كالديون والغصوب لا الأمانات فبين أن المراد به التعميم. (ع)

(١٧) الدين.

الإذن فقد زال بالحجر، وإن كان اليد فالحجر أبطلها، لأن يد المحجور[١] غير معتبرة[٢]، وصار كما[٣] إذا أخذ المولى كسبه[٤] من يده قبل إقراره، أو ثبت حجره بالبيع[٥] من غيره، ولهذا لا يصح إقراره فى حق الرقبة بعد الحجر[٦].

وله: أن المصحح هو اليد، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده[٧] واليد[٨] باقية[٩] حقيقة[١٠]، وشرط بطلانها بالحجر حكمًا فراغها[١١] عن حاجته، وإقراره دليل تحققها[١٢]، بخلاف[١٣] ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار، لأن يد المولى ثابتة حقيقةً وحكمًا[١٤]، فلا تبطل بإقراره، وكذا ملكه ثابت فى رقبته[١٥]، فلا يبطل[١٦] بإقراره[١٧] من غير رضاه، وهذا بخلاف ما إذا باعه[١٨]، لأن

(١) قوله: "لأن يد المحجور إلخ" ورد بأنا لا نسلم أن يده غير معتبرة فإنه لو استودع المحجور وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسألة فى المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح فى حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء، وأجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد. (عناية)

(٢) قوله: "غير معتبرة" أى فيما هو من كسبه، أو فيما عرف أنه من مال المولى، وإذا لم يكن كذلك فيده معتبرة. (ك)

(٣) قوله: "وصار كما إذا أخذ إلخ" بيان لإبطال الحجر يده بمسائل متفق عليها فإن المولى إذا انتزع ما فى يده لا يسمع إقرار العبد فيه بالاتفاق، وكذا إذا باع العبد من غيره يثبت الحجر. (ع)

(٤) بعد الحجر حيث لا يسمع إقراره.

(٥) أى ببيع مولاه إياه من غيره، فإنه لا يصح إقراره أيضًا. (عينى)

(٦) قوله: "ولهذا لا يصح إقراره إلخ" يعنى إذا أقر بعد الحجر بمال لا يصح هذا الإقرار فى حق الرقبة حتى لا يباع العبد بهذا الإقرار بالاتفاق. (عينى)

(٧) بعد حجره عليه قبل إقراره. (تبيين) لزوال المصحح. (ع)

(٨) أى يد العبد.

(٩) بعد الحجر.

(١٠) فإن الكلام فى الإقرار بما فى يده. (ع)

(١١) أى فراغ ما فى يده من الإكساب.

(١٢) قوله: "وإقراره دليل إلخ" يعنى أن مطلق إقراره دليل تحقق الحاجة حملا لحالة المقر على الصلاح، فإن قيل: لو كان إقراره دليل تحققها فصح بما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار أجاب بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

(١٣) أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها. (ع)

(١٤) قوله: "ثابتة حقيقة إلخ" أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يده، وأما حكما فلأن النزع كان قبل ثبوت الدين، فلا يبطل يده بإقراره لأنه إقرار بما ليس فى يده وهو باطل. (ع)

(١٥) العبد.

(١٦) الملك.

(١٧) العبد.

(١٨) قوله: "وهذا بخلاف ما إذا باعه إلخ" أى بخلاف إقراره بعد ما باعه المولى من غيره، لأن الدخول فى ملك

العبد قد تبدل[١] بتبدل الملك على ما عرف[٢]، فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك[٣]، ولهذا لم يكن خصمًا فيما باشره قبل البيع[٤].

قال[٥]: وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته[٦] لم يملك المولى ما في يده، ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة.

وقالا: يملك ما في يده ويعتق[٧] وعليه قيمته[٨]؛ لأنه وجد سبب الملك في كسبه[٩] وهو ملك الرقبة[١٠]، ولهذا يملك إعتاقه[١١]، ووطء الجارية المأذون لها، وهذا[١٢] آية كماله، بخلاف الوارث، لأنه يثبت الملك له[١٣] نظرًا للمورث، والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته أما ملك المولى[١٤] ما ثبت نظرًا للعبد[١٥].

غيره صار كعين آخر لما عرف أن تبدل الملك كتبدل العين، فصار إقراره كإقرار عبد آخر، فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما أخرجه من يده. (تبين)

(١) بالبيع.

(٢) إشارة إلى حديث بريرة رضى الله عنها. (ع)

(٣) قوله: "فلا يبقى ما ثبت إلخ" مراده بما ثبت بحكم الملك يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقةً، وشرط بطلانها بالحجر حكمًا إلخ، ولما كان تبدل الملك فيما إذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الأول من يده الحكمية بخلاف ما نحن فيه، فإن اليد فيه باقية حقيقةً وحكمًا ما لم تفرغ عن حاجته. (نت)

قوله: "ما ثبت إلخ" أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الإذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الإذن. (غن)

(٤) قوله: "ولهذا لم يكن إلخ" توضيح لتبدل العبد فإن العبد إذا باشر شيئًا قبل البيع لم يكن خصمًا فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره، ولو لا تبدله لكان خصمًا لصدور المباشرة عنه حقيقةً. (ع)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "تحيط بماله إلخ" كما إذا أذن لعبد، فاشترى عبدًا يساوي ألفًا، والمأذون أيضًا يساوي ألفًا وعليه ألفا درهم. (ع)

(٧) ما أعتقه المولى.

(٨) أي قيمة المعتق للغرماء لتعلق حقهم به. (ع)

(٩) المأذون.

(١٠) أي رقبة المأذون، فإن ملك الأصل علة لملك الفرع. (ع)

(١١) المأذون.

(١٢) قوله: "وهذا" أي المذكور من ملك الإعتاق، وحل وطء الأمة آية كمال ملك الرقبة، فكان سبب الملك في الكسب موجودًا على الكمال، فيملكه وينفذ فيه إعتاقه، فإن قيل: سلمنا ذلك لكن المانع متحقق، وهو إحاطة الدين، فإنها تمنع عن ذلك كما في التركة إذا استغرقها الديون فإنها تمنع إعتاق الوارث.

أجاب بقوله: بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورث بإيصال ماله إلى أقرب الناس إليه، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب، ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته بل النظر في ضده، أي في ضد ثبوت الملك للوارث، وهو قضاء الدين لأنه فرض عليه، والميراث صلة، وإذا كان سبب الملك النظر، وقد فات ففات الملك، ولا عتق في غير الملك. (ع)

(١٣) فإن صرف أكسابه إلى أقرب الناس إليه نظر في حقه كيلا يتعطل سعيه في دار الدنيا. (ك)

وله أن الملك للمولى إنما يثبت خلافة[١] عن العبد عند فراغه عن حاجته[٢]، كملك الوارث على ما قررناه[٣]، والمحيط[٤] به الدين مشغول بها فلا يخلفه[٥] فيه[٦]، وإذا عرف[٧] ثبوت الملك[٨] وعدمه فالعتق فريعته، وإذا نفذ[٩] عندهما يضمن[١٠] قيمته للغرماء لتعلق حقهم به. قال: وإن لم يكن الدين محيطاً[١١] بماله[١٢]

---

(١٤) قوله: "أما ملك إلخ" أى ملك المولى كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد، بل باعتبار أن يستحيل وقوع الملك له مع قيام الرق فيه، وهذا المعنى قائم بعد الإذن، وثبوت الدين. (ك)

(١٥) حتى يراعى نظر العبد بعدم العتق حتى يقضى دينه. (عناية)

(١) قوله: "إنما يثبت خلافة إلخ" لما أن الكسب فى الأصل ملك الكاسب، وإنما يخلفه غيره بعد فراغه عن حاجته، ولهذا لو امتنع المولى من الإنفاق عليه أمر العبد بالكسب والإنفاق على نفسه، وما فضل من حاجته يرد على المولى.
وما قالا: إنه وجد سبب الملك فى كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينتقض بالمكاتب فإن ملك الرقبة موجود، ولا يملك المولى أكسابه، والمأذون بمنزلة المكاتب فجاز أن لا يملك ذلك مانع، وهو حاجته إلى قضاء دينه لأنه لما صار بمنزلة الحر فى حق التصرف، واليد، والحر المديون لا يستحق وارثه بتركته لحاجته إلى قضاء الدين، فكذا ههنا. (ك)

(٢) قوله: "عن العبد" فإن قيل: المولى كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة، والعبد ليس بأهل لملك المال، وشرط الخلافة تصور الأصل، قلنا: العبد ليس بأهل لملك مستقر لكنه أهل لملك ينتقل إلى غيره، إذا فرغ عن حاجته، وهذا لأن العبد من حيث أنه آدمى بمنزلة الحر، ومن حيث إنه مال مملوك كالبهيمة، ولو كان حراً مطلقاً لملك المال ملكاً مستقراً، ولو كان مملوكاً مطلقاً كالبهيمة لم يملك أصلا، فقلنا: بأنه يملك ملكاً منتقلا عملا بالشبهين. (ك)

(٣) قوله: "على ما قررناه" يعنى فى مسألة تعلق الدين بكسبه. (ع)

(٤) أى المال الذى أحاط به الديون.

(٥) قوله: "فلا يخلفه إلخ" يعنى كما إن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث فى الرقبة، فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى، لأن الخلافة فى الموضعين لانعدام أهلية الملك فى المال فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق، لأن المالكية عبارة عن القدرة، والموت والرق ينافيان ذلك، ومنافاة الموت أظهر، والميت جعل كالمالك حكماً لقيام حاجته إلى قضاء ديونه، فكذلك الرقيق. (ع)

(٦) أى فى هذا المال.

(٧) قوله: "وإذا عرف إلخ" أى إذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال: بثبوت الملك نفذ العتق، ومن لم يقل به أبطله. (ع)

(٨) أى ملك المولى فى كسب العبد.

(٩) العتق.

(١٠) المولى.

(١١) قوله: "وإن لم يكن إلخ" الظاهر أن مراده إذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه فى قولهم جميعاً كما صرح به فى الكافى، وسائر الكتب المعتبرة، إلا أنه اكتفى بذكر قوله بماله، ولم يذكر رقبته بناء على ما ذكرنا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلق الدين برقبته، وإذا لم يحط الدين بماله يتعين عدم إحاطتها برقبته، فلم يحتج إلى ذكر الثانى بعد ذكر الأول وما وقع فى عامة الكتب من قبيل التصريح بما عليم التزاماً بمجرد الاحتياط. (نت)

(١٢) قوله: "بماله" هذه هى الصورة الثانية، كما إذا أذن لعبد فاشترى عبداً يساوى ألفاً، والمأذون أيضاً يساوى ألفاً، وعليه خمس مائة، وأما الصورة الثالثة أى أحاط بماله دون رقبته كما إذا أذن بعد فاشترى عبداً يساوى ألفاً، والمأذون أيضاً يساوى ألفاً، وعليه ألف درهم، حكمها أن المولى إذا أعتق العبد المشترى فعتقه جائز بالاتفاق، كذا نقل فى "غاية

جاز عتقه في قولهم جميعًا[١]، أما عندهما فظاهر، وكذا عنده لأنه[٢] لا يعرى عن قليله، فلو جعل مانعًا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن، ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه.

قال[٣]: وإن باع من المولى شيئًا[٤] بمثل قيمته جاز، لأنه[٥] كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه.

وإن باعه بنقصان[٦] لم يجز؛ لأنه متهم[٧] في حقه[٨]، بخلاف ما إذا حابى[٩] الأجنبي عند أبي حنيفة، لأنه لا تهمة فيه[١٠]، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث[١١] بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده[١٢]، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه[١٣]، حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته[١٤]، أما حق الغرماء تعلق بالمالية[١٥] لا

البيان". وقال في "نتائج الأفكار": إن في جواز عتقه على رأي الإمام أبي حنيفة رح إشكالا، فإن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته، والمال الذي أحاط به الدين مشغول بحاجته، فلا يخلفه فيه، فلا يثبت فيه الملك، فكيف يجوز إعتاقه، فتأمل. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(١) ويملك المولى كسبه. (ع)

(٢) أي لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين. (ع)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وإن باع إلخ" إذا باع العبد المأذون المديون شيئًا من إكسابه من المولى بمثل قيمته جاز، وإن لم يكن مديونًا لا يجوز. (ك)

(٥) أي لأن المولى.

(٦) سواء كان كثيرًا أو قليلا. (ع)

(٧) قوله: "لأنه متهم في حق مولاه بميله إليه عادة. (ع)

(٨) النقصان.

(٩) محاباة يسيرة أو كثيرة، فإنه لا يجوز.

(١٠) قوله: "لأنه لا تهمة فيه" فإن قيل: التهمة قد تكون موجودة أجيب بأنه موهوم حيث إنه لم ينشأ عن دليل. (ع)

(١١) قوله: "وبخلاف إلخ" معطوف على قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رح على أن يكون معنى الكلام، وهاتان المسألتان أعني قول القدوري، وإذا باع من المولى شيئًا بمثل قيمته جاز، وقوله: وإن باعه بنقصان لم يجز ملابستان، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المرتب، أي المسألة الثانية ملابسة، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي والمسألة الأولى ملابسة بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته، لا أن كلتا المسألتين ملابستان بكلا الخلافين. (نت)

(١٢) الإمام أبي حنيفة.

(١٣) أي بعين ذلك الشيء المبيع، أي عين مال الميت. (ع)

(١٤) قوله: "حتى كان إلخ" يعني إذا كان الدين مستغرقًا للتركة، ورضي بعض الورثة بأن يدفع التركة إلى الغرماء كان للباقي من الورثة أن يستخلص التركة لنفسه بأداء قيمة التركة. (ن)

(١٥) لا بعينه.

غير[١]، فافترقا[٢].

وقالا: إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة[٣]، وإن شاء نقض البيع، وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش[٤] سواء[٥]، ووجه ذلك[٦] أن الامتناع[٧] لدفع الضرر من الغرماء، وبهذا يندفع الضرر عنهم، وهذا[٨] بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة، والمولى يؤمر به[٩]، لأن البيع باليسير منها[١٠] متردد بين التبرع[١١]، والبيع لدخوله[١٢] تحت تقويم المقومين، فاعتبرناه تبرعًا في البيع[١٣] مع المولى للتهمة غير تبرع[١٤] في حق الأجنبي لانعدامها[١٥]. وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى، ولا إذن في البيع مع الأجنبي، وهو آذن بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء، وهذان الفرقان[١٦] على أصلهما[١٧].

---

(١) فلا ضرر لهم في البيع.

(٢) أي العبد والمريض. (نت)

(٣) بإيصال الثمن إلى تمام القيمة. (ع)

(٤) قوله: "وعلى المذهبين [أي مذهب أبي حنيفة وصاحبيه. ع] إلخ" اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة اليسيرة والكثيرة. (ع)

(٥) قوله: "سواء" إذا باع من المولى شيئًا بنقصان لم يجز عند أبي حنيفة رح فاحشًا كان الغبن أو يسيرًا، وعندهما جاز البيع، فاحشًا كان الغبن أو يسيرًا، ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيع. (ك)

(٦) أي وجه الجواز مع التخيير. (ك)

(٧) عن البيع بالنقصان. (ع)

(٨) أي الذي ذكرنا من الجواز والتخيير. (ع)

(٩) أي بإزالة المحاباة.

(١٠) قوله: "منها" أي من المحاباة، وفي بعض النسخ منهما، أي من المولى والأجنبي. (مل)

(١١) قوله: "متردد بين التبرع إلخ" أما التبرع فللنقصان عن الثمن في قدر المحاباة، وأما البيع فلدخوله إلخ. (عناية)

(١٢) أي لدخول اليسير من المحاباة.

(١٣) فيجوز بخيار.

(١٤) فيجوز بلا خيار.

(١٥) التهمة.

(١٦) قوله: "وهذان الفرقان" أي الفرق بين المولى والأجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالتها دون الأجنبي. والفرق بينهما في المحاباة الكثيرة حيث لا يجوز عندهما مع الأجنبي أصلا، ويجوز مع المولى، ويؤمر بالإزالة. (ع)

(١٧) قوله: "على أصلهما" لأن أبا حنيفة رح لما لم يجوز البيع من المولى لا بالغبن اليسير ولا بالغبن الفاحش لا يحتاج إلى هذين الفرقين، وإنما يحتاج إلى فرق واحد، وهو جواز بيع العبد من الأجنبي بالغبن الفاحش، وعدم الجواز من

قال[١] : وإن باعه المولى شيئًا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع ؛ لأن المولى أجنبى عن كسبه[٢] إذا كان عليه دين على ما بيناه، ولا تهمة فى هذا البيع، ولأنه[٣] مفيد فإنه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه، ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة، فإن سلم إليه[٤] قبل قبض الثمن بطل الثمن، لأن حق المولى فى العين من حيث الحبس، فلو بقى بعد سقوطه[٥] يبقى[٦] فى الدين، ولا يستوجبه المولى على عبده، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضًا[٧]، لأنه يتعين، وجاز أن يبقى حقه[٨] متعلقًا بالعين.

قال : وإن أمسكه[٩] فى يده حتى يستوفى الثمن جاز؛ لأن البائع له حق الحبس فى المبيع، ولهذا كان أخص به[١٠] من سائر الغرماء، وجاز أن يكون للمولى[١١] حق[١٢] فى الدين، إذا كان يتعلق بالعين[١٣].

المولى والفرق ما ذكر فى الكتاب. (ك)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "لأن المولى إلخ" هذه النكتة على قول أبى حنيفة رحمه الله، والنكتة الثانية وهو قوله: ولأنه مفيد على قولهما، أو على قول الكل. (ك)

(٣) أى لأن هذا البيع.

(٤) أى سلم المولى المبيع إلى العبد.

(٥) قوله: "فلو بقى [أى حق المولى] إلخ" تقريره أن حق المولى ثابت فى العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية الدين بعد البيع والثابت فى العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به، فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك فى الدين لكونه فى مقابل العين والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو أتلف شيئًا من ماله لم يضمن. (ع)

(٦) حق المولى.

(٧) قوله: "بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا" لأن المولى يستوفيه وهو أحق به من الغرماء، لأنه ملكه بعينه بالعقد، ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد عبد كما لو أودع عند عبده شيئًا، أو غصبه منه. (ع)

(٨) المولى.

(٩) أى إن أمسك المولى المبيع.

(١٠) قوله: "أخص [أى قبل القبض] به" اشترى شيئًا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبائع أسوة للغرماء، ولو لم يقبضه المشترى فإن البائع أحق به اتفاقا، كذا فى الدر المختار، وقال فى رد المحتار: قوله: فإن البائع أحق به الظاهر إن المراد أنه أحق بحبسه عنده حتى يستوفى الثمن من مال الميت أو يبيعه القاضى، ويدفع له الثمن، فإن وفى بجميع دين البائع فبها، وإن زاد ودفع الزائد لباقى الغرماء وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقى له، وليس المراد بكونه أحق به أنه يأخذه مطلقًا إذ لا وجه لذلك، لأن المشترى ملكه، وانتقل بعد موته إلى ورثته، وتعلق به حق غرمائه.

(١١) قوله: "وجاز أن يكون إلخ" أى فإن قيل: على هذا التقرير استوجب المولى دينا فى ذمة للعبد حتى حبس المبيع لأجله، وهو لا يستوجبه على ما قلتم آنفا، أجاب عنه بقوله: وجاز إلخ. (ع)

(١٢) على العبد.

(١٣) قوله: "إذا كان [الدين] يتعلق بالعين [المبيع]" كالمكاتب فإن المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين تعلق

ولو باعه[(١)] بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة[(٢)]، أو ينتقض البيع، كما بينا في جانب العبد، لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء.

قال[(٣)]: وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون[(٤)] فعتقه جائز؛ لأن ملكه فيه باقٍ والمولى ضامن لقيمته[(٥)] للغرماء، لأنه أتلف[(٦)] ما تعلق به حقهم بيعًا واستيفاء من ثمنه، وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق، لأن الدين في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضمانًا، فبقي الباقي عليه كما كان.

فإن كان[(٧)] أقل من قيمته ضمن[(٨)] الدين لا غير؛ لأن حقهم[(٩)] بقدره[(١٠)] بخلاف ما إذا أعتق المدبر[(١١)] وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون؛ لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما[(١٢)] استيفاء بالبيع، فلم يكن المولى متلفا حقهم[(١٣)]، فلا يضمن[(١٤)] شيئًا.

قال[(١٥)]: فإن باعه المولى[(١٦)]، وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه[(١٧)]،

برقبته، وهذا لأن البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع، ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن، فإذا كان اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي، وبالدين من حيث تعلقه بالعين. (ع)

(١) المولى.

(٢) قوله: "يؤمر [العبد] بإزالة إلخ" قال في "النهاية". هذا على رواية صاحب "المبسوط"، وأما على رواية صاحب الكتابة، وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام، فإن هذا البيع لا يجوز عند أبي حنيفة رح أصلا كما في جانب العبد. (ع)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وعليه ديون" لزمته بسبب التجارة أو الغصب، أو جحود الوديعة أو إتلاف المال. (عناية)

(٥) قوله: "ضامن لقيمته" بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به. (عناية)

(٦) وضمان الإتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه. (ع)

(٧) الدين.

(٨) المولى.

(٩) الغرماء.

(١٠) الدين

(١١) فلا ضمان على المولى.

(١٢) لأنه لا يجوز بيعهما.

(١٣) بالعتق.

(١٤) المولى.

(١٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٦) قوله: "فإن باعه إلخ" معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال. (عناية)

(١٧) قوله: "وغيبه" قيد بقوله: وغيبه لأن الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم أن يبطلوا البيع إلا أن يقضي المولى ديونهم، فإذا لم يقدروا على العبد، فإن شاء إلخ. (عيني)

فإن شاء الغرماء[١] ضمنوا البائع قيمته، وإن شاءوا ضمنوا المشترى؛ لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضى المولى دينهم، والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم، والمشترى[٢] بالقبض والتغييب، فيخيرون فى التضمين[٣]، وإن شاءوا[٤] أجازوا البيع وأخذوا الثمن؛ لأن الحق لهم[٥] والإجازة اللاحقة كالإذن[٦] السابق، كما فى المرهون[٧]. فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة[٨]، فيكون حق الغرماء فى العبد، لأن سبب الضمان[٩] قد زال وهو البيع والتسليم، صار كالغاصب إذا باع[١٠] وسلم[١١] وضمن[١٢] القيمة، ثم رد[١٣] عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا.

قال[١٤]: ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين[١٥] فللغرماء أن يردوا البيع[١٦] لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء[١٧] من رقبته، وفى كل واحد منهما

---

(١) قوله: "فإن شاء إلخ" هذا الخيار إذا كان الثمن أقل من القيمة، أما إذا كان أكثر أو مساويًا فلا خيار لهم. (تاج الشريعة)

(٢) أى المشترى متلف حقهم بالقبض.

(٣) قوله: "فيخيرون إلخ" ثم إن ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع لأن استرداد القيمة منه كاسترداد العبد لو ظفروا به وإن ضمنوا البائع قيمته، تم البيع الذى جرى بين البائع والمشترى لزوال المانع. (ك)

(٤) هذا يدل على أن البيع كان موقوفًا. (عينى)

(٥) قوله: "لأن الحق لهم" فلهم الإجازة، والإجازة اللاحقه كالإذن السابق، ولو كان البيع بإذنهم لم يكن هناك ضمان. (ع)

(٦) قوله: "كالإذن" فإن قيل: يشكل بما إذا كفل رجل عن غيره بغير إذنه، ثم أذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه، قلنا: لأنه لا يحتاج إلى الإذن، فلا يؤثر الإذن فيها، ولا كذلك ههنا، فإن البيع يتوقف لزومه على إجازة الغرماء. (ك)

(٧) قوله: "كما فى المرهون" يعنى أن الراهن إذا باع المرهون بدون إجازة المرتهن، ثم أجازه المرتهن جاز البيع، لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء. (ع)

(٨) قوله: "فللمولى أن يرجع [على الغرماء] إلخ" معناه إذا قبله بقضاء لأن القاضى إذا رده فقد فسخ العقد بينهما، فعاد إلى الحال الأول، وهو ظاهر. (ع)

(٩) أى سبب وجوب الضمان على المولى.

(١٠) المغصوب.

(١١) إلى المشترى.

(١٢) المالك.

(١٣) المغصوب.

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٥) قوله: "وأعلمه بالدين" أى أعلم البائع المشترى بأن هذا العبد الذى أبيعك مديون، وفائدة هذا الإعلام سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازمًا فيما بين البائع والمشترى، وإن لم يكن لازمًا فى حق الغرماء. (ك)

فائدة فالأول[1] تام مؤخر[2]، والثانى[3] ناقص معجل، وبالبيع يفوت هذه الخيرة، فلهذا لهم أن يردوه. قالوا[4]: تأويله[5] إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم[6].

قال: فإن كان البائع غائباً[7]، فلا خصومة بينهم[8]، وبين المشترى معناه إذا أنكر الدين[9]، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: المشترى خصم ويقضى لهم بدينهم، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارًا، ووهبها[10] وسلمها[11] وغاب[12]، ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافًا له، وعنهما[13] مثل قوله فى مسألة الشفعة.

لأبى يوسف أنه يدعى الملك لنفسه، فيكون خصمًا لكل من ينازعه[14]، ولهما

---

(١٦) إذا لم يكن فى ثمنه وفاء بديونهم. (ك)

(١٧) من العبد.

(١) الاستسعاء.

(٢) أى إلى زمان الاستسعاء. (ك)

(٣) الاستيفاء من رقبته.

(٤) المشايخ.

(٥) قوله: "تأويله إلخ" فى هذا اللفظ نوع نظر إذ كان من حقه أن يقال، وتأويله إذا باع بثمن لا يفى بديونهم كما هو المذكور فى جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الإسلام، ومأذون "الجامع الصغير" لقاضى خان، والذخيرة، وذلك لأنه إذا لم يكن فى البيع محاباة، ولكن الثمن إذا كان لا يفى بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لفوات حقهم فى الاستسعاء فيما بقى من ديونهم على العبد.

اللهم إلا أن يرد بقوله: فإن وصل ولا محاباة فى البيع ضاء الغرماء بأخذهم الثمن، فإنهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع، فينسد حينئذ باب الرد. (نهاية)

(٦) قوله: "ليس لهم إلخ" أى ليس للغرماء حق نقض البيع إذا وصل إليهم الثمن والبيع بمثل القيمة وإن لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم. (ك)

(٧) قوله: "فإن كان البائع إلخ" أما إذا كان المشترى غائبًا والبائع حاضرا، فلا خصومة بينهم وبين البائع فى رقبة العبد بلا خلاف، حتى يحضر المشترى، لأن الملك واليد للمشترى، وإبطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فيه فما لم يبطل ملك المشترى لا يكون الرقبة محلا لحق الغرماء، إلا أن لهم أن يضمنوا البائع قيمته، لأن بالبيع والتسليم صار مفوتًا محل حقهم. (كفاية)

(٨) الغرماء.

(٩) قيد بالإنكار لأن المشترى إذا أقر بدينهم وصدقهم فى الدعوى كان لهم أن يرد البيع بلا خلاف. (ع)

(١٠) لرجل.

(١١) إلى الموهوب له.

(١٢) المشترى الواهب.

(١٣) فى رواية ابن سماعة.

أن الدعوى يتضمن فسخ العقد، وقد[1] قام[2] بهما[3]، فيكون الفسخ قضاء على الغائب[4]. قال[5]: ومن قدم مصراً فقال: أنا عبد لفلان، فاشترى وباع[6] لزمه[7] كل شيء من التجارة؛ لأنه إن أخبر بالإذن، فالإخبار دليل عليه، وإن لم يخبر فتصرفه[8] جائز إذ الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره، والعمل بالظاهر[9] هو الأصل في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس[10]، إلا أنه لا يباع[11] حتى يحضر مولاه؛ لأنه لا يقبل قوله[12] فى الرقبة[13]، لأنها خالص حق المولى، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بيناه[14].

فإن حضر وقال: هو مأذون بيع فى الدين؛ لأنه ظهر الدين فى حق المولى، وإن قال: هو محجور فالقول قوله[15]؛ لأنه متمسك بالأصل.

---

(١٤) فيما فى يده.

(١) الواو حالية.

(٢) العقد.

(٣) أى بالبائع والمشتري.

(٤) وهو لا يجوز.

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) أخبر أن مولاه أذن له أو لم يخبر.

(٧) قوله: "لزمه [أى فحكمه حكم المأذون]" وهذا استحسان، والقياس أن لا يقبل قوله، لأنه أخبر عن شيئين: أحدهما: أخبر أنه مملوك، وهذا إقرار منه على نفسه، والثانى: أخبر أنه مأذون فى التجارة، وهذا إقرار على المولى، وإقراره عليه ليس بحجة. (ع)

(٨) أى فتصرفه دليل عليه. (ك)

(٩) قوله: "والعمل بالظاهر إلخ" والظاهر أنه مأذون له، لأن عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب المحرم، فوجب حمله عليه لوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن. (تبيين)

(١٠) قوله: "كيلا يضيق الأمر إلخ" توضيحه أن للناس حاجة فى قبوله، لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبيد فى التجارة، فلو لم يقبل قول الواحد فى المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين عند كل تصرف أنه مأذون له فى التجارة، وفى ذلك من الضيق ما لا يخفى. (ع)

(١١) قوله: "إلا أنه [العبد] إلخ" استثناء من قوله: لزمه كل شيء، ومعناه أنه إذا لم يكن فى كسبه وفاء لا يباع فى الدين حتى يحضر مولاه. (ع)

(١٢) قوله: "لا يقبل قوله إلخ" لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الإذن فى التجارة، ألا يرى أنه إذا أذن المدبر، وأم الولد، ولحقهما الدين لا يباعان، وهما مأذون لهما بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن فى التجارة، لأنه حق العبد. (ك)

(١٣) أى فى حق بيع الرقبة. (نتائج)

(١٤) قوله: "على ما بيناه [فى وسط كتاب المأذون. ع]" وهو ما ذكر قبل هذا، ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال: لأن المولى إنما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد. (ك)

فصل[١]

وإذا أذن[٢] ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون[٣] إذا كان يعقل البيع والشراء، حتى ينفذ تصرفه.

وقال الشافعي لا ينفذ لأن حجره لصباه[٤]، فيبقى ببقاءه[٥]، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي[٦] التصرف[٧] عليه، ويملك حجره، فلا يكون واليا للمنافاة[٨]، فصار كالطلاق والعتاق[٩]، بخلاف الصوم والصلاة[١٠]، لأنه لا يقام بالولي، وكذلك[١١] الوصية[١٢] على أصله[١٣]، فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه، أما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ههنا.

ولنا أن التصرف المشروع[١٤] صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية، فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات[١٥]، والصبا سبب الحجر[١٦] لعدم

---

(١٥) قوله: "فالقول قوله" وعلى الغرماء البينة، لأن دعواه الإذن كدعوة الإعتاق. (ع)

(١) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان أحكام إذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام إذن الصبي والمعتوه، وقدم الأول لكثرة وقوعه. (نت)

(٢) هذا كلام القدوري.

(٣) قوله: "كالعبد المأذون" في نفوذ وعدم التقييد بنوع دون نوع، وصيرورته مأذونًا بالسكوت، وصحة إقراره بما في يده وغير ذلك. (ع)

(٤) قوله: "لصباه" بخلاف حجر الرقيق فإنه ليس للرق نفسه بل لحق المولى، وهو يسقط بإذنه لكونه راضيًا بتصرفه. (ع)

(٥) بعد الإذن.

(٦) في حال كون الصبي مأذونًا.

(٧) في ماله.

(٨) قوله: "للمنافاة" لأن كونه مولى عليه سمة العجز، وكونه واليًا آية القدرة، وهما متضادان، فلا يجتمعان. (ك)

(٩) قوله: "فصار كالطلاق والعتاق" لا يصحان منه وإن أذن له المولى. (ع)

(١٠) أي الصوم النفل والصلاة النافلة، لأنهما لا يقامان بالولي فيصحان منه. (ع)

(١١) قوله: "أي الوصية بأعمال البر.

(١٢) فإن وصية الصبي جائزة عند الشافعي.

(١٣) قوله: "على أصله" أصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه يصح تصرف الصبي فيه بنفسه، وما يتحقق من الولي فلا يصح مباشرة الصبي فيه، لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تندفع بما يتصرف فيه الولي. (ك)

(١٤) قوله: "ولنا أن إلخ" إما أنه تصرف مشروع فلأن الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي، وإما أنه صدر من أهله، فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب، ويعلم الغبن اليسير من الفاحش، والأهلية لهذا التصرف بكونه كذلك، وأما إنه في محله فلكون المبيع مالا متقومًا، وأما الولاية الشرعية فلأنه صدر بإذن وليه، والولي يملك هذا التصرف، فكذا من أذن له، ألا يرى أن الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الإذن به فصدوره من الصبي لا يكون من ولاية شرعية وإن أذن الولي بذلك. (ع)

الهداية[١] لا لذاته، وقد ثبت نظراً إلى إذن الولى، وبقاء ولايته لنظر الصبى[٢]، لاستيفاء المصلحة بطريقين[٣]، واحتمال تبدل الحال[٤]، بخلاف الطلاق[٥] والعتاق، لأنه ضار محض، فلم يؤهل[٦] له، والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل[٧] له قبل الإذن[٨] والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر، فيجعل[٩] أهلا له[١٠] بعد الإذن لا قبله، لكن قبل الإذن يكون موقوفًا منه[١١] على إجازة الولى لاحتمال، وقوعه نظراً[١٢] وصحة التصرف فى نفسه[١٣].

وذكر الولى فى الكتاب[١٤] ينتظم الأب والجد[١٥] عند عدمه[١٦]، والوصى والقاضى والوالى[١٧]، بخلاف صاحب الشرط[١٨]؛ لأنه ليس إليه تقليد القضاة،

---

(١٥) قد مر تحقيق الخلافيات، فارجع.

(١٦) قوله: "والصبا [جواب عن قول الشافعى] سبب الحجر" جواب عن قوله، لأن حجره لصباه، وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبى لذاته بل بالغير، وهو عدم الهداية فى أمور التجارة، فصار كالعبد فى كون حجره لغيره، وهو حق المولى، فإذا أذن له المولى زال ذلك الغير، لأنه علم أنه لو لم يكن هاديًا فى أمور التجارة لما أذن له المولى، فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد. (ع)

(١) أى فى أمور التجارة. (ك)

(٢) قوله: "وبقاء ولايته إلخ" جواب عن قول الشافعى، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف إلخ. (ك)

(٣) أى بمباشرة وليه له، وبمباشرته لنفسه. (ع)

(٤) قوله: "واحتمال تبدل الحال" فإن حال الصبى يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها، فبقينا ولاية الولى ليتدارك ذلك. (ع)

(٥) جواب عن قوله: وصار كالطلاق والعتاق. (ع)

(٦) أهله ذلك إيهالا كرد او را شائسته وسزا وار آن. (من)

(٧) الصبى.

(٨) وكذا بعده.

(٩) الصبى.

(١٠) لأن نقصان رأيه ينجبر برأى الولى. (ع)

(١١) قوله: "يكون [البيع أو الشراء] موقوفًا إلخ" فإن قيل: إذا باع شيئًا بأضعاف يكون نافعًا محضًا كقبول الهبة، فيجب نفوذه بلا توقف، أجيب بأن المعتبر فى ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقًا. (ع)

(١٢) أى نفعا للصبى.

(١٣) لكونه صادراً من الأهل فى المحل.

(١٤) أى مختصر القدورى.

(١٥) قوله: "ينتظم الأب والجد إلخ" ليس المراد به الترتيب لأن وصى الأب مقدم على الجد، وترتيبه وليه هو الأب، ثم وصى الأب، ثم الجد أب الأب، ثم وصيه، ثم القاضى أو وصيه، ثم الوالى. (ع)

(١٦) الأب.

(١٧) قوله: "والوصى والقاضى إلخ" أما الأم أو وصى الأم فلا يصح منهم الإذن له فى التجارة لأنه غير ولى فى

والشرط أن يعقل كون البيع سالبًا للملك، جالبًا للربح.

والتشبيه بالعبد المأذون[١] يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه[٢]، لأن الإذن فك الحجر، والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدًا كان أو صبيًا، فلا يتقيد تصرفه[٣] بنوع دون نوع، ويصير[٤] مأذونًا بالسكوت[٥] كما في العبد، ويصح إقراره[٦] بما في يده من كسبه، وكذا[٧] بموروثه في ظاهر الرواية[٨]، كما يصح إقرار العبد، ولا يملك تزويج عبده[٩]، ولا كتابته[١٠]، كما في العبد والمعتوه[١١] الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونًا بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم[١٢] على ما بيناه[١٣]، وحكمه حكم الصبي[١٤]، والله أعلم.

التصرفات مطلقًا، بل هو كالأجنبي إلا فيما يرجع إلى حفظه، ولهذا لا يملك بيع عقاره، وإنما جاز بيع وصي الأم العروض التي ورثها الصغير من الأم بطريق التحصين والحفظ على الأم الميتة، وعلى الصغير لا لأنه تجارة حتى لو اشتر شيئًا آخر لليتيم لا يجوز، وليس في الإذن تحصين وحفظ. (ك)

(١٨) قوله: "بخلاف صاحب الشرط" في "المغرب": الشرط بالسكون، والحركة خيار الجند، وأول كتيبة يحضر الحرب والمجمع شرط، وصاحب الشرطة في باب الجمعة يراد به أمير البلدة كأمير بخارا، وكان الوالي أكبر من صاحب الشرط، لأن للوالي تقليد القضاء، فلذلك ثبت ولاية إذن الصبي للوالي دون صاحب الشرط. (ك)

قوله: "الشرط" شرطه بالضم چاوش شحنه وسرهنگ آن شرط جمع وهم أول كتيبة تشهد الحرب وتتهيأ للموت وپياؤه كوتوال شرطي مثله سموا بذلك لأنهم أعلموا أنفسهم بعلامات يعرفون بها. (من)

(١) أراد به قوله: فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون. (نت)

(٢) أي في حق الصبي. (نت)

(٣) الصبي بالإذن.

(٤) الصبي.

(٥) قوله: "بالسكوت" بأن يراه وليه يبيع ويشتري ويسكت. (عيني)

(٦) الصبي.

(٧) يصح إقراره بموروثه.

(٨) قوله: "في ظاهر الرواية" قيد بظاهر الرواية، لأنه روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصح إقراره فيما ورثه عن أبيه، لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته إلى ذلك في التجارات حتى لا يمتنع الناس عن المبايعة معه خوفا عن توى أموالهم، ولهذا ملكه، وإن لم يملك الولي الإقرار عليه، ووجه الظاهر أنه بانضمام رأى الولي التحق بالبالغ، وكل واحد من المالين ملكه فارغ عن حاجة الغير، فيصح إقراره فيهما. (ك)

(٩) قوله: "ولا يملك تزويج عبده" فيه إجماع، وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف، فإنه يجوز عنده. (ك)

(١٠) قوله: "ولا كتابته" وإنما لم يملكها مع أن الأب والوصي يملكانها، لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر، فيتحقق في الكتابة النظر، وأما تصرف الصبي بعد الإذن مقيد بالتجارة، والكتابة ليست بتجارة. (ك)

(١١) قوله: "والمعتوه" المعتوه الناقص العقل، وقيل: المدهوش من غير جنون، وقيل: مختلط الأقوال والأفعال.

(١٢) قوله: "دون غيرهم" أي من الأقارب كالأخ والعم وفائدة هذا التقييد أنه يصير مأذونًا بإذن القاضي، كما مر في حق الصبي. (ك)

كتاب الغصب[1]

الغصب في اللغة: عبارة عن أخذ الشيء[2] من الغير على سبيل التغلب[3] للاستعمال فيه[4] بين أهل اللغة. وفي الشريعة: أخذ مال[5] متقوم[6] محترم[7] بغير إذن المالك على وجه يزيل يده[8]، حتى كان[9] استخدام العبد[10] وحمل الدابة[11] غصبا دون الجلوس على البساط[12]، ثم إن كان مع العلم[13] فحكمه المأثم[14] والمغرم[15]، وإن كان بدونه[16] فالضمان؛ لأنه حق العبد، فلا يتوقف على قصده،

---

(١٣) قوله: "على ما بيناه" أشار به إلى قوله: وذكر للولي في الكتاب ينتظم إلخ. (عيني)

(١٤) قوله: "وحكمه حكم الصبي" هذا إذا بلغ معتوها، فأما إذا بلغ عاقلا ثم عته فأذن له الأب في التجارة قال أبو البلخي: لا يصح قياسا، وهو قول أبي يوسف، ويصح استحسانا، وهو قول محمد رحمهما الله. (ع)

(١) قوله: "كتاب الغصب" المناسبة بين كتاب الغصب وكتاب المأذون أن المأذون يتصرف في الشيء بالإذن الشرعي، والغاصب يتصرف لا بإذن شرعي، فكان بينهما مناسبة المقابلة إلا أنه قدم كتاب المأذون لأنه مشروع، والغصب ليس بمشروع. (غن)

(٢) يعني مالا أو غيره يقال: غصب زوجة فلان أو ولده. (ك)

(٣) تغلب بچيزگى تمام دست يافتن بر چيزى، يقال: تغلب عليه، أي استولى عليه قهرا. (من)

(٤) أي في المعنى المذكور.

(٥) قوله: "أخذ مال [خمرا كان أو غيره] إلخ" ثم لا بد أن يزاد على هذا التعريف على سبيل الجهر ليخرج السرقة. (شرح وقاية)

(٦) احتراز عن الخمر. (ع)

(٧) احتراز عن غصب مال الحربي في دار الحرب. (ك)

(٨) قوله: "على وجه يزيل يده" أي إن كان في يده أو يقصر يده إن لم يكن في يده كما إذا غصب من يد المرتهن أو المستأجر، أو المودع، فإن الغاصب قصر يد المالك عن ماله في هاتيك الصور. (نت)

(٩) قوله: "حتى كان إلخ" إيضاح لقوله: على وجه يزيل يده، لأنه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه، وذلك يوجب زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط، لأنه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال، فلم يكن الغاصب مزيلا يده، وعلى قول الشافعي إزالة يد المالك عن المغصوب ليس بشرط بل إثبات يد العدوان عليه كاف لتحقق الغصب. وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب مثل ولد المغصوبة، وثمرة البستان فإنها ليست بمضمونة عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكرنا. (ك)

(١٠) أي عبد الغير.

(١١) أي الحمل على الدابة، أي دابة الغير.

(١٢) قوله: "دون الجلوس إلخ" فإن الجلوس عليه ليس بتصرف، فلهذا لا يرجع به على المتعلق به عند التنازع، فلم يصر في يده والبسط فعل المالك، فيبقى يد المالك فيه ما بقي أثر فعله. (زيلعي)

(١٣) بأنه ملك المغصوب منه.

(١٤) قوله: "فحكمه المأثم إلخ" أقول: هذا إنما يتم فيما إذا هلك المغصوب في يد الغاصب، وأما إذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب. (نت)

(١٥) قوله: "والمغرم" مغرم كمكرم آنچه اداء آن لازم باشد وتاوان. (من)

ولا إثم لأن الخطأ موضوع[١].

قال[٢]: ومن غصب شيئًا له مثل[٣] كالمكيل والموزون، فهلك في يده فعليه مثله. وفي بعض النسخ[٤] فعليه ضمان مثله[٥]، ولا تفاوت بينهما، وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل[٦] ما اعتدى عليكم﴾، ولأن المثل[٧] أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية[٨]، فكان أدفع للضرر. قال[٩]: فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يوم الغصب، وقال محمد: يوم الانقطاع[١٠].

لأبي يوسف[١١] أنه لما انقطع[١٢] التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب[١٣]، إذ هو الموجب. ولمحمد أن الواجب المثل في الذمة، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع، فيعتبر قيمته يوم الانقطاع.

ولأبي حنيفة أن النقل[١٤] لا يثبت بمجرد الانقطاع، ولهذا لو صبر[١٥] إلى أن

---

(١٦) قوله: "وإن كان بدونه" بأن ظن أن المأخوذ ماله أو اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لأن الضمان إنما يجب جبرا لحقه بتفويته وحقه مرعي وإن كان الآخذ معذوراً لجهله وعدم قصده. (ك)

(١) قوله: "لأن الخطأ موضوع" لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»، والمراد المأثم. (كفاية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي له مثل صورة ومعنى.

(٤) أي نسخ القدوري.

(٥) أي ضمان هو مثله.

(٦) والمثل إذا أطلق ينصرف إلى ما هو مثل صورة ومعنى. (ع)

(٧) أي المثل صورة ومعنى. (ع)

(٨) قوله: "لما فيه من مراعاة إلخ" فإن الحنطة مثل الحنطة جنسا ومالية، لأن مالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة، لأن الجودة ساقط العبرة في الربويات، فكان أدفع للضرر فإن الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثله صورة ومعنى. (ع)

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٠) عن السوق الذي يباع فيه. (نت) أي عن الأسواق لا من دور الأمراء.

(١١) قوله: "لأبي يوسف إلخ" قدم قول أبي يوسف رح في التعليل ولم يوسط كما هو حقه لرعاية بيان الأقوال الثلاثة بحسب ترتب الزمان، فإن الأوقات من هذه الأقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع، ثم يوم الخصومة، فإيراد الأقوال على ترتيب هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف، ثم بقول محمد، ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله. (ن)

(١٢) قوله: "أنه لما انقطع إلخ" أقول: قول أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات، وقلتها، وفي المعدوم هذا متعذر، أو متعسر، ويوم الانقطاع لا ضبط له، وأيضًا لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذ لم يوجد من المالك طلب. (شرح وقاية)

(١٣) أي الغصب.

يوجد[1] جنسه له ذلك، وإنما ينتقل[2] بقضاء القاضى، فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء، بخلاف[3] ما لا مثل له، لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب[4] كما وجد، فيعتبر قيمته عند ذلك.

قال[5]: وما لا مثل له[6] فعليه قيمته يوم غصبه، معناه[7] العدديات المتفاوتة[8]، لأنه لما تعذر مراعاة الحق فى الجنس، فيراعى فى المالية وحدها دفعًا للضرر بقدر الإمكان، أما العددى المتقارب[9] فهو كالمكيل[10]، حتى يجب مثله لقلة التفاوت، وفى البر المخلوط بالشعير القيمة، لأنه لا مثل له.

قال: وعلى الغاصب رد العين المغصوبة، معناه ما دام قائمًا لقوله عليه السلام[11]: «على اليد ما أخذت حتى ترد»*، وقال عليه السلام: «لا يحل لأحد[12] أن يأخذ متاع أخيه لاعبًا ولا جادًا[13] فإن أخذه فليرده عليه»**،

---

(١٤) إلى القيمة.

(١٥) قوله: "ولهذا لو صبر إلخ" أى لو كانت القيمة ثابتة بمجرد القيمة لكان يجبر على قبول القيمة لو أتى بها الغاصب، ولا يمكن له من الصبر إلى مجيء أوان المثل، وحيث لم يجبر ولنا ذلك على أن إيجاب المثل إنما يثبت بالقضاء. (ك)

(١) فى السنة الآتية.

(٢) إلى القيمة.

(٣) جواب عن قياس أبى يوسف.

(٤) أى الغصب.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى ما لا مثل له صورة ومعنى بل له مثل معنى فقط.

(٧) أى معنى قوله: لا مثل له. (ع)

(٨) مثل الدواب والثياب كالرمان والسفرجل والبطيخ. (ك)

(٩) كالجوز والبيض. (ك)

(١٠) قوله: "كالمكيل [أى كالمكيل من جنس واحد. نت]" قيل: وإنما اقتصر فى المكيل، ولم يقل: والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثلى وهو الذى فى تبعيضه ضرر كالمصنوع من القمقم والطست، وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير. (ع)

(١١) قوله: "لقوله عليه السلم: على إلخ" قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سمرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٧، والدراية ج٢، الحديث٨٨٤ ص٢٠٠. (نعيم)

(١٢) قوله: "لا يحل إلخ" قلت: أخرجه أبو داود فى كتاب الأدب فى باب المزاح، والترمذى فى أول الفتن عن زيد أبى السائب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادًا ولا لاعبًا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه». (ت)

(١٣) قوله: "لاعبًا ولا جادًا" بتوسط حرف العطف، كذا فى "المبسوط" ومعناه ظاهر، والرواية فى المصابيح لاعبا

ولأن اليد حق مقصود[١]، وقد فوتها[٢] عليه[٣]، فيجب إعادتها[٤] بالرد إليه[٥] وهو[٦] الموجب الأصلي على ما قالوا، ورد القيمة مخلص خلفًا، لأنه[٧] قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية، وقيل: الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص، ويظهر ذلك في بعض الأحكام[٨].

والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن، فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم[٩]، حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها، أو تقوم بينة، ثم قضى عليه ببدلها[١٠]؛ لأن الواجب رد العين، والهلاك بعارض، فهو يدعي أمرًا عارضًا، خلاف الظاهر، فلا يقبل قوله، كما إذا ادعى الإفلاس، وعليه[١١] ثمن متاع، فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه، فإذا علم الهلاك سقط عنه رده، فيلزمه رد

جادا بدون توسط حرف العطف بينهما، أي لا يريد سرقته ولكن يريد إدخال الغيظ على أخيه، فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في إدخال الغيظ على أخيه. (ك)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٨٨٥ ص٢٠٠. (نعيم)

(١) قوله: "حق مقصود" بدليل جواز إذن العبد في التجارة، فإنه لا حكم للشراء في حقه سوى التصرف باليد لا سيما إذا كان مديونًا، فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف، فعلم أن اليد حق مقصود. (ع)

(٢) اليد.

(٣) المالك.

(٤) اليد.

(٥) أي رد العين.

(٦) أي رد العين.

(٧) رد القيمة.

(٨) قوله: "ويظهر ذلك في بعض إلخ" فإنه لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان، ولو لا أن الموجب الأصلي القيمة لما صح الإبراء، لأن الإبراء عن العين لا يصح، ولو كفل بالمغصوب يصح، ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين.

ولو غصب جارية قيمتها ألف وله ألف نقد وحال عليه الحول فإنه لا يجب الزكاة على هذا الألف لأنه صار مديونًا، ولا يجب الزكاة على المديون قيل: والأول هو الصحيح، لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين إن قدر على القيمة، لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل، وليس كذلك.

والجواب عن مسألة الإبراء أن ما هو بعرضة أن يوجد، فله شبهة الوجود في الحال، والقيمة كذلك فكان الإبراء صحيحًا عن ذلك الوجه، وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة، والمغصوب منها، وقد تقدم في الكفالة، وعن مسألة الزكاة ما ذكرنا في مسألة الإبراء. (مل)

(٩) قوله: "حبسه الحاكم [وهذا إذا لم يرضَ المالك بالقضاء بالقيمة. ع]" ليس بحبسه حد مقدر، بل هو مفوض إلى رأي القاضي كحبس الغريم في الدين. (تبيين)

(١٠) قوله: "ثم قضى عليه ببدلها" بما اتفقا عليه من القيمة، أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة. (ع)

(١١) الواو حالية.

بدله، وهو القيمة. قال[١]: والغصب فيما ينقل[٢] ويحول[٣]؛ لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه[٤] دون غيره، لأن إزالة اليد بالنقل[٥]، وإذا غصب[٦] عقاراً[٧] فهلك في يده[٨] لم يضمنه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يضمنه، وهو قول أبي يوسف الأول، وبه قال الشافعي، لتحقق إثبات اليد[٩]، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين[١٠] على محل واحد في حالة واحدة، فتحقق الوصفان[١١] وهو[١٢] الغصب على ما بيناه[١٣]، فصار كالمنقول[١٤]، وجحود الوديعة[١٥].

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "فيما ينتقل إلخ" أي كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار، وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد، وقيل: التحويل هو النقل من مكان، والإثبات في مكان آخر، كما في حوالة الباذنجان، والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر. (ع)

(٣) تحويل: بر گردانيدن. (م)

(٤) المنقول.

(٥) ولا نقل في العقار. (ع)

(٦) قوله: "وإذا غصب إلخ" أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله: فإذا غصب إلخ، لأن هذه المسألة متفرعة على ما سبق من الأصل، فينبغي أن يظهر علامة التفريع في اللفظ والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في "مختصر القدوري"، فبدلها المصنف بالواو في "البداية" و "الهداية"، ثم أقول المراد بالغصب في قوله: وإذا غصب إلخ هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي، وقال بعض الفضلاء" إطلاق لفظ الغصب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة. (نتائج)

(٧) العقار الضيعة وقيل: كل مال له أصل كالدار والضيعة. (مغرب)

(٨) قوله: "فهلك [بغير صنعه] في يده" بأن غلب السيل على الأرض، فبقيت تحت الماء، أو غصب دارا فهدمت بآفة سماوية، أو جاء سيل فذهب بالبناء. (ك)

(٩) قوله: "لتحقق إلخ" هذا التعليل لقول محمدرح، وعند الشافعيرح يتحقق الغصب بإثبات اليد المبطلة، وتعليل قول محمد على هذا الوجه يدل على أن لا خلاف بين علمائنا الثلاثة في حد الغصب لأنه إزالة اليد المتحقة وإثبات اليد المبطلة، لا كما ظنه البعض أن حده عند محمد إثبات يد العدوان كما قاله الشافعيرح، إذ لو كان كذلك لاتفق جوابهما في زوائد المغصوب. (ك)

(١٠) قوله: "لاستحالة اجتماع اليدين" أي من جنس واحد، وإنما قيدنا بهذا احترازاً عما إذا آجر داره من رجل فإنها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان. (ع)

(١١) أي إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب. (ع)

(١٢) أي تحقق الوصفين. (ع)

(١٣) في صدر كتاب الغصب.

(١٤) في تحقق الوصفين.

(١٥) قوله: "وجحود الوديعة" أي في العقار فإنه إذا كانت وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنًا بالاتفاق، فالقول بالضمان في هذه الصورة، وقد ثبت أن جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود به تناقض

ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة[١] يد المالك بفعل[٢] في العين، وهذا[٣] لا يتصور في العقار، لأن يد المالك لا تزول[٤] إلا بإخراجه عنها[٥] وهو[٦] فعل فيه لا في العقار، فصار كما إذا بعّد المالك عن المواشي[٧]، وفي المنقول النقل فعل فيه، وهو الغصب، ومسألة الجحود ممنوعة[٨]، ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك[٩]. قال[١٠]: وما نقص[١١] منه[١٢] بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً[١٣]؛ لأنه إتلاف والعقار يضمن به[١٤]، كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين، ويدخل فيما قاله[١٥] إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله[١٦]، فلو غصب داراً وباعها وسلمها، وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب[١٧] هو الصحيح[١٨].

ظاهر. (ع)

(١) الباء للمصاحبة.

(٢) أي بسبب ذلك.

(٣) أي هذا المجموع. (ع)

(٤) من العقار.

(٥) أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار. (ع)

(٦) الإخراج.

(٧) قوله: "كما إذا بعد المالك عن المواشي" فإن ذلك لا يكون غصباً حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن، كذا في "المبسوط". (ك)

(٨) قوله: "ممنوعة" فإنه ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقاراً لا تضمن. (ع)

(٩) أي للحفظ الملتزم.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) الغاصب.

(١٢) العقار وذلك بأن هدم شيئًا، أو انهدم بسكناه. (ك)

(١٣) قوله: "ضمنه في قولهم جميعاً" أما على قول محمد والشافعي ظاهر، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلأنه إتلاف والعقار يضمن به. (ع)

(١٤) قوله: "يضمن [أي بالإتلاف] به" لأن الإتلاف يتحقق فيه كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين، وجاز أن لا يضمن بالغصب، ويضمن بالإتلاف كالحر. (ك)

(١٥) أي فيما قاله القدوري في "مختصره" وهو قوله: وما نقص إلخ. (ك)

(١٦) قوله: "بسكناه وعمله" بأن كان عمله الحدادة أو القصارة فوهن جدار الدار بذلك وانهدم كان مضموناً عليه، وإنما قيد الانهدام بسبب سكناه وعمله في الضمان، لأنه إذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسبب سكناه وعمله لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العقار عندهما، والحكم يبتنى على السبب، كذا في غصب "المبسوط". (ك)

(١٧) قوله: "على الاختلاف إلخ" فلا يضمن البائع المالك شيئاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن البيع

قال[١]: وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان[٢]؛ لأنه أتلف البعض، فيأخذ رأس ماله[٣]، ويتصدق بالفضل. قال[٤]: وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يتصدق بالفضل، و سنذكر الوجه من الجانبين[٥].

قال: وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله، أو بغير فعله ضمنه، وفي أكثر نسخ "المختصر"[٦]: وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد[٧] لما سبق[٨] أن الغصب فيما ينقل، وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق[٩] إذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب رد القيمة[١٠]، أو يتقرر بذلك السبب[١١]، ولهذا[١٢] تعتبر قيمته يوم الغصب[١٣]. وإن نقص[١٤] في يده[١٥] ضمن النقصان[١٦]؛ لأنه دخل جميع

والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلافًا لمحمد، وإنما قيد بقوله: ولا بينة له، لأن إقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل، فإذا لم يكن للمالك بينة لم يتحقق الغصب، وأما إذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه، ويأخذها عن المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق. (ع)

(١٨) قوله: "هو الصحيح" يحتمل أن يكون احترازًا عن قول بعضهم بأن في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق. (ع)

(١) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٢) قوله: "وإن انتقص إلخ" واختلفوا في تفسير النقصان قال نصير بن يحيى: ينظر بكم يستأجر هذه الأرض قبل الاستعمال وبعده، فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان، وقال محمد بن سلمة: يعتبر ذلك بالشراء، يعني أنه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال، وبكم تباع بعده، فينتقص بها ما تفاوت من ذلك، فيضمنه، وهو الأقيس، لأن العبرة بقيمة العين دون المنفعة، وذكر في النهاية أن محمد بن سلمة رجع إلى قول نصير. (تبيين)

(٣) قوله: "فيأخذ [الغاصب] رأس ماله" وهو البذر، وما أنفق وقدر ما غرم من النقصان، وصورته إذا غصب أرضًا وزرع فيها كرًا، فأخرجت أربعة أكرار، ونقصها الزراعة ما يبلغ قيمته كرًا ولحقه من المؤن ما يبلغ كرًا، فأخذ منه ضمان النقصان، فإنه يتصدق بكر لأنه زرع كرًا ولحقته مؤنة كر، وضمن قدر قيمة كر فضل الخارج عن رأس ماله بكر، فتصدق به، لأنه ربح ما لم يملك، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يتصدق به، لأن المنهي ربح ما لم يضمن، وهو قد ضمن. (ك)

(٤) أي المصنف.

(٥) أي في هذا الفصل في مسألة من غصب عبدًا فاستغله إلخ. (ك)

(٦) أي مختصر القدوري. (عيني)

(٧) من نفظ الغاصب.

(٨) عن قريب.

(٩) على الهلاك.

(١٠) قوله: "تجب رد القيمة" على رأي من يرى أن الموجب الأصلي في الغصب رد العين، ورد القيمة مخلص خلفًا. (ع)

(١١) قوله: "أو يتقرر بذلك إلخ" يعني على رأي من يرى أن الأصل هو القيمة ورد العين خلف عنه. (ع)

(١٢) أي لكون الغصب السابق هو السبب. (ع)

(١٣) قوله: "ولهذا تعتبر قيمته إلخ" أقول: فيه شيء وهو أن الظاهر أن مسألتنا هذه تعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها مع أن قوله: ولهذا تعتبر قيمته إلخ لا يتمشى في صورة المثلي على قول أبي

أجزاءه[1] فى ضمانه بالغصب، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته، بخلاف[2] تراجع[3] السعر، إذا ردّ فى مكان الغصب[4]؛ لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء، وبخلاف المبيع[5]؛ لأنه ضمان عقد[6] أما الغصب فقبض، والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف. قال[7]: ومراده غير الربوى[8]، أما فى الربويات[9] لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل، لأنه يؤدى إلى الربا.

قال: ومن غصب[10] عبداً فاستغله[11]، فنقصته الغلة[12]، فعليه النقصان لما

حنيفة ومحمد رحمهما الله، إذ قد تقرر فيما مر أن المعتبر فى هاتيك الصورة عند أبى حنيفةرح قيمته يوم الخصومة، وعند محمد قيمته يوم الانقطاع، فلم يتم التقريب لكون المسألة اتفاقية. (نت)

(١٤) قوله: "وإن نقص [المغصوب] إلخ" سواء كان ذلك النقصان فى بدنه بأن كانت جارية فاعورّت، أو كانت شابة فصارت عنده عجوزًا، أو ناهدة الثديين، فانكسر ثديها، أو لم يكن فى بدنه كما لو غصب عبداً محترفًا فنسى ذلك عند الغاصب، أو كان قارئًا فنسى القرآن. (كفاية)

(١٥) الغاصب.

(١٦) قوله: "ضمن النقصان" هذا إذا لم ينجبر نقصانه بوجه من الزيادة، أما إذا انجبر نقصانه مثل إن ولدت المغصوبة عند الغاصب فردهما، وفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئًا عندنا خلافًا لزفر. (عناية)

(١) وأوصافه.

(٢) متعلق بقوله: فما تعذر رد عينه إلخ.

(٣) تراجع باز گشتن، أى اختلاف السعر.

(٤) قوله: "إذا رد [المغصوب] إلخ" إنما قيد به لأن تراجع السعر إذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب، فللمالك الخيار بين أخذ القيمة فى هذا المكان وبين الانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان، فيسترده. (ك)

(٥) قوله: "وبخلاف المبيع إلخ" عطف على قوله: بخلاف تراجع السعر يعنى فى تراجع السعر لا يجب للنقصان، وفى المبيع بأن نقص فى يد البائع لا يجب النقصان. (حميدية)

(٦) قوله: "لأنه ضمان عقد إلخ" يعنى إذا نقص شيء من قيمة المبيع فى يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشترى لا يضمن البائع شيئًا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشترى بسبب نقصان الوصف، وإن فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فأعورت فى يد البائع، فصارت تساوى خمسين كان المشترى مخيراً بين إمضاء البيع وفسخه. فلو اختار البيع ووجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد، والأوصاف لا تضمن به، أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل وهو القبض، وهذا لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزاءها وصفاتها، فكانت مضمونة. (عناية)

(٧) المصنف.

(٨) قوله: "ومراده إلخ" أى مراد القدورى بقوله: وإن نقص فى يده ضمن النقصان غير الربوى، أما فى الربويات كما إذا غصب حنطة، فعفنت عنده أو إناء فضة فانكسر عنده، فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدى إلى الربا، لكن صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه، ولا شيء له غيره، وإن شاء أخذ مثله إن كان من ذوات الأمثال، وقيمته إن كان من ذوات القيم، فإن كان الإناء من فضة أخذ قيمته من الذهب، وإن كان الإناء من ذهب أخذ قيمته من الفضة، كذا فى "نتائج الأفكار" وغيرها. (مل)

(٩) التى فيها الوصف التى لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا. (نت)

(١٠) هذا لفظ الصدر الشهيد فى "شرح الجامع الصغير". (عينى)

بينا[١]، ويتصدق[٢] بالغلة. قال[٣]: وهذا عندهما[٤] أيضًا، وعنده[٥] لا يتصدق بالغلة، وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار[٦]. لأبى يوسف أنه حصل فى ضمانه وملكه[٧]، أما الضمان فظاهر[٨]، وكذلك الملك فى المضمون، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا. ولهما أنه حصل بسبب خبيث[٩]، وهو التصرف فى ملك الغير، وما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل، والملك المستند[١٠] ناقص، فلا ينعدم به الخبث.

فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان؛ لأن الخبث لأجل المالك[١١]، ولهذا لو أدى إليه[١٢] يباح له[١٣] التناول، فيزول الخبث بالأداء إليه، بخلاف ما إذا باعه[١٤]، فهلك فى يد المشترى، ثم استحق

---

(١١) أى فآجره وقبض الأجرة فصار مهزولا فى العمل. (ع)

(١٢) قوله: "الغلة" الغلة كل ما يحصل من ريع أرض أو كراءها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك. (مغرب)

(١) قوله: "لما بينا" أراد به قوله: لأنه دخل جميع أجزاءه فى ضمانه بالغصب. (ك)

(٢) الغاصب.

(٣) أى المصنف.

(٤) أى أبى حنيفة ومحمد.

(٥) أبى يوسف.

(٦) فعندهما يتصدق الأجرة وعند أبى يوسف لا.

(٧) قوله: "أنه [غلة] حصل إلخ" أقول: فيه نوع تأمل، لأن الذى حصل فى ضمانه وملكه إنما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب، لأن الكلام فيما إذا نقصه الغلة، فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل، والظاهر أن الغلة، أى الأجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط، فما وجه القول بأنه لا يتصدق. (نت)

(٨) لأن المغصوب دخل فى ضمان الغاصب. (عناية)

(٩) قوله: "أنه حصل بسبب خبيث" أى سلمنا أنه حصل فى ملكه وضمانه لكنه حصل بسبب خبيث، فإن قيل: التصرف فى ملكه مستند، فأين يكون الخبث، فأجاب بقوله: والملك المستند ناقص يعنى لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه، ولهذا يظهر فى حق القائم دون الفائت. (ع)

(١٠) إلى وقت الغصب.

(١١) قوله: "لأن الخبث لأجل المالك" هذا جواب سؤال ذكر فى "المبسوط" حيث قال: فإن قيل: القيمة دين فى ذمته، وهذه الغلة ملكه، ولكن هى واجب التصدق لخبثها، ومن قضى دينه بمال الصدقة كان عليه أن يتصدق بمثله.
قلنا: نعم، ولكن التصدق بهذا لم يكن حتمًا عليه ألا ترى أنه لو سلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك، وليس على الغاصب شيء آخر، فهو بما صنع يصير مسلماً إلى المالك، ثم يصير المالك مبرئًا عن ذلك القدر من القيمة لما يقبضه، فيزول الخبث بهذا الطريق، فلا يلزمه التصدق. (ك)

(١٢) أى لو سلم الغلة مع العبد إلى المالك. (ع)

(١٣) وإن كان غنيًا.

وغرمه[١] ليس له[٢] أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن إليه[٣]، لأن الخبث[٤] ما كان لحق المشترى[٥] إلا إذا كان[٦] لا يجد غيره[٧]، لأنه[٨] محتاج إليه[٩]، فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه، فلو أصاب مالا[١٠] يتصدق بمثله إن كان غنيًا وقت الاستعمال[١١]، وإن كان فقيرًا، فلا شيء عليه لما ذكرنا[١٢].

قال[١٣]: ومن غصب ألفًا، فاشترى بها جارية فباعها بألفين، ثم اشترى بألفين جارية[١٤]، فباعها بثلاثة آلاف درهم، فإنه يتصدق بجميع الربح.

وهذا عندهما[١٥]، وأصله أن الغاصب والمودع إذا تصرف فى المغصوب، أو الوديعة، وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافًا لأبى يوسف، وقد مرت الدلائل[١٦]، وجوابهما[١٧] فى الوديعة أظهر[١٨]؛ لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل

---

(١٤) قوله: "بخلاف ما إذا باعه [وقبض الثمن] إلخ" أى الغاصب باع المغصوب وأخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشترى يضمن المالك المشترى قيمته، ورجع المشترى على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه، ثم لا يستعين الغاصب فى أداء الثمن بالغلة، لأن الخبث فى الغلة ما كان لحق المشترى، فلا يزول بالوصول إلى يده بخلاف الأول فإن الخبث لحق المالك، فيزول بوصول الغلة إلى يده. (ك)

(١) المشترى.

(٢) أى البائع.

(٣) المشترى.

(٤) فى الغلة.

(٥) بل لحق المستحق.

(٦) البائع.

(٧) أى غير الغلة.

(٨) الغلة.

(٩) البائع.

(١٠) لبائع الغاصب.

(١١) قوله: "إن كان غنيًا وقت الاستعمال [أى وقت استهلاك الثمن. ك]" أى وقت الصرف إلى حاجة نفسه بأن يكون غنيًا، ولا يجد غير ذلك بأن كان ابن السبيل، كذا فى "نتائج الأفكار" وغيره. (مل)

(١٢) أنه محتاج إليه.

(١٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٤) قوله: "ثم اشترى إلخ" وإنما كرر الشراء فى وضع المسألة تنبيها على تحقق الخبث، وإن تداولته الأيدى. (ع)

(١٥) الطرفين.

(١٦) أى فى المسألة التى قبل هذا، وهى مسألة من غصب عبداً فاستغله إلخ. (ك)

(١٧) الطرفين.

(١٨) من جوابهما فى الغصب.

التصرف[١] لانعدام سبب الضمان، فلم يكن التصرف فى ملكه[٢].

ثم هذا[٣] ظاهر فيما يتعين[٤] بالإشارة، أما فيما لا يتعين[٥] كالثمنين[٦]، فقوله فى الكتاب[٧]: اشترى بها[٨] إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن، أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها، أو نقد منها وأشار إلى غيرها، أو أطلق إطلاقًا، ونقد منها يطيب له، وهكذا[٩] قال الكرخى، لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث.

وقال مشايخنا: لا يطيب له قبل أن يضمن[١٠]، وكذا بعد الضمان بكل حال[١١]، وهو المختار[١٢] لإطلاق الجواب[١٣] في "الجامعين"[١٤] و"المبسوط".

قال[١٥]: وإن اشترى بالألف[١٦] جاريةً تساوى ألفين فوهبها، أو طعامًا فأكله لم يتصدق بشىء[١٧]، وهذا قولهم جميعًا، لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس[١٨].

---

(١) كما كان استناد الملك عند أداء الضمان فى الغصب.

(٢) فكان الربح خبيثًا. (م)

(٣) أى عدم طيب الربح. (ك)

(٤) كالعروض.

(٥) بالإشارة.

(٦) أى كالدراهم والدنانير. (ك)

(٧) أى الجامع الصغير. (م)

(٨) المراد بالاشتراء بها الإشارة إليها فالمعنى إذا أشار إليها ونقد إلخ، كذا فى "نتائج الأفكار".

(٩) أى هذا التفصيل.

(١٠) قوله: "لا يطيب الربح له إلخ" وحاصله أنه متى استفاد بالحرام ملكًا من طريق الحقيقة أو الشبهة يثبت الخبث ولا يثبت فى الدراهم إلا الشبهة لأنه إذا أشار لم يتعين إلا فى حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر، وإذا نقد استفاد به سلامة المشترى، فإذا أشار ولم ينقد استفاد بالإشارة جواز العقد لمعرفة النقد أنه دينار جيد أو ردىء، والمقدار وإذا نقد ولم يشر استفاد بها سلامة، فإما أن يصير عنها عوضًا فلا، فثبت أنه لا يثبت إلا الشبهة وقد استوت الوجوه فى الشبهة، فاستوت فى الخبث. (ك)

(١١) أى فى الوجوه كلها.

(١٢) قوله: "وهو المختار" قال فى الذخيرة: قال مشايخنا: الفتوى اليوم على قول الكرخى لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس، وعلى هذا تقرر رأى الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسى. (نت)

(١٣) بقوله: يتصدق بجميع الربح.

(١٤) الصغير والكبير.

(١٥) أى محمد. (عينى)

(١٦) المغصوب.

(١٧) بل يرد عليه مثل ما غصب. (م)

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب[١]

قال[٢]: وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب[٣]، حتى زال اسمها[٤]، وأعظم منافعها[٥] زال ملك المغصوب منه عنها[٦]، وملكها الغاصب وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها، حتى يؤدى بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها، أو طبخها[٧]، أو حنطة فطحنها[٨]، أو حديداً[٩] فاتخذه سيفًا، أو صفراً[١٠] فعمله آنية[١١]. وهذا كله[١٢] عندنا وقال الشافعي: لا ينقطع حق المالك، وهو رواية عن أبى يوسف غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان[١٣] عنده؛ لأنه يؤدى إلى الربا[١٤]، وعند الشافعي يضمنه[١٥].

---

(١٨) قوله: "لأن الربح إنما يتبين إلخ" لأن الربح فضل، والفضل إنما يكون بعد المساواة والمساواة إنما يتحقق عند التجانس، ولا تجانس، فلا تساوى فلا فضل. (ك)

(١) قوله: "فصل فيما يتغير إلخ" لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل، أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله. (٤)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "بفعل الغاصب" احتراز عما إذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زبيبًا بنفسه أو خلا، أو الرطب تمرًا، فإن المالك فيه بالخيار إن شاء أخذ، وإن شاء تركه وضمنه. (٤)

(٤) قوله: "حتى زال اسمها" احتراز عما إذا غصب شاة وذبحها لأنه فات أعظم المقاصد وهو الدر والنسل، ولكن لم يزل اسم الشاة، لأنه يقال: شاة مذبوحة. (ك)

(٥) قوله: "وأعظم منافعها" كما إذا غصب حنطة وطحنها، لأن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تزول بالطحن وهى جعلها بذراً وهريسةً وكشكًا وغيرها. (ك)

(٦) قوله: "زال ملك إلخ" أى يجب القيمة فى الشاة إذا طبخها وشواها على الغاصب، وفى الحنطة المثل ويزول ملك المغصوب منه على وجه لو أبى المالك أخذ القيمة، وأراد اللحم مشويا لم يكن له ذلك، لأن الملك قد زال، كذا فى "الإيضاح". (ك)

(٧) قوله: "وشواها [شوى اللحم شيًا بريان كرد گوشت را. من] أو طبخها" وفيه إشارة إلى أن الذبح وحده لا يزيل الملك، بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة. (٤)

(٨) فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقًا. (٤)

(٩) آهن.

(١٠) قوله: "أو صفراً" صفر بالضم روئين كه بهندى كانسى گويند، كذا فى "الغياث"، وقال فى البرهان: وآن مس باقلعى گذاخته.

(١١) الإناء وعاء الماء. (مغرب)

(١٢) قوله: "وهذا كله" أى زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا. (٤)

(١٣) أى نقصان الوصف كما إذا عفنت. (نت)

(١٤) قوله: "لأنه يؤدى إلى الربا" لأن الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن، وهذا لأن عمل الطحن فى تفريق الأجزاء لا فى إحداث ما لم يكن موجودا، وتفريق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع فى الثوب

وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه[١] لكنه يباع[٢] في دينه، وهو أحق به من الغرماء بعد موته. للشافعي أن العين[٣] باقٍ، فيبقى على ملكه، وتتبعه الصنعة[٤]، كما إذا هبت الريح في الحنطة[٥] وألقتها[٦] في طاحونة الغير فطحنت[٧]، ولا معتبر بفعله[٨]؛ لأنه محظور[٩]، فلا يصلح[١٠] سببًا للملك على ما عرف[١١]، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا، وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة[١٢] وسلخها[١٣] وأربها[١٤]. ولنا أنه أحدث[١٥] صنعة متقومة[١٦]، فصيّر حق المالك هالكًا من وجه[١٧]، ألا ترى أنه تبدل الاسم[١٨] وفات معظم المقاصد، وحقه في الصنعة قائم من كل

والذبح والسلخ في الشاة. والدليل على بقاء عين الحنطة فيه جريان الربا بينهما، ولا يجرى الربا إلا باعتبار المجانسة، فلما ثبت الجنسية بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ الحنطة، ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئًا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لأداءه إلى الربا، فكذلك ههنا. (ك)

(١٥) قوله: "يضمنه [النقصان]" لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز. (ع)

(١) ويملك الغاصب.

(٢) مغصوب.

(٣) المغصوبة.

(٤) الحادثة.

(٥) فيبقى ملك المالك.

(٦) فإن الدقيق يكون لمالك الحنطة. (ع)

(٧) قوله: "فطحنت" أي بفعل الماء أو الهواء من غير صنع أحد. (تبيين)

(٨) قوله: "ولا معتبر إلخ" جواب إشكال مقدر هو أن يقال: فيما ذكرت من الاستشهاد ولم يوجد فيه الفعل، وفي المتنازع فيه وجد الفعل. (ك)

(٩) ممنوع شرعًا.

(١٠) فعله.

(١١) قوله: "على ما عرف" أي في الأصول من أن الفعل المحظور لا يصلح سببًا للنعمة وهو الملك. (ع)

(١٢) قوله: "وصار كما إذا ذبح إلخ" فإن فعل الغاصب فيه موجود، وليس سببًا للملك لكنه محظورًا. (عناية)

(١٣) قوله: "وسلخها [سلخ سلخًا بالفتح پوست باز كرده. من] إلخ" فإن قيل: بالسلخ والتاريب يزول اسم الشاة، فكان ينبغي أن ينقطع حق المالك بعد التاريب، قلنا: بالذبح لا يفوت اسم العين يقال: شاة مذبوحة، وشاة حية وبالسلخ والتاريب لايفوت ما هو المقصود بالذبح بل يتحقق ذلك المقصود، فلا يكون ذلك دليل تبدل العين، فبقيت مملوكة لصاحبها. (ك)

(١٤) أي جعلها عضوًا عضوًا. (ع)

(١٥) احترز به عن الحدوث. (ك)

(١٦) قوله: "صنعة متقومة" لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقًا. (عناية)

(١٧) قوله: "فصير [أي هذا الإحداث] إلخ" احتراز عما إذا صبغ الثوب المغصوب أصفر أو أحمر، فإنه لا ينقطع حق المالك مع أنه أحدث صنعة متقومة، ولكن لم يكن هالكا من وجه، ألا ترى أنه لم يتبدل اسم الثوب، ولم يفت أعظم المقاصد. (ك)

وجه، فيترجح[1] على الأصل[2] الذى هو فائت من وجه، ولا نجعله[3] سببًا للملك من حيث إنه محظور[4]، بل من حيث إنه إحداث الصنعة[5]، بخلاف الشاة[6] لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة[7]، ويتفرع عليه غيرها، فاحفظه. وقوله: ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحسان، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله، وهكذا عن أبى حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث رحمه الله، ووجه ثبوت الملك[8] المطلق للتصرف[9] ألا ترى أنه لو وهبه[10]، أو باعه جاز[11]. وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام[12]: «فى الشاة المذبوحة المصلية[13] بغير رضا صاحبها أطعموها

---

(١٨) قوله: "ألا ترى أنه تبدل الاسم إلخ" فتبدل الاسم دليل على المغايرة صورة، وتبدل المقصود دليل على المغايرة معنى، وإذا ثبت المغايرة بينهما، وقد ثبت الثانى، فيكون الأول مستهلكًا، ضرورة أن الشيء الواحد يستحيل أن يكون شيئين. فإذا هلك الأول بفعله صار ضامنا مثله، والدقيق حادث بفعله، فيكون ملكًا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه، والعين هالكة من وجه، فصارت الصنعة راجحة فى الوجود، وترجح الأصل يرجع إلى الحال والرجحان فى الذات أحق من الحال. وأما قول أبى يوسف جريان الربا بينهما، دليل على بقاء المجانسة، فقلنا: بين الدقيق والحنطة شبهة من حيث أن عمل الطحن صورة فى تفريق الأجزاء، وباب الربا يبنى على الاحتياط، فلبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا. (ك)

(١) أى حق الغاصب.

(٢) أى حق المالك.

(٣) أى فعل الغاصب، جواب عن قوله: ولا معتبر بفعله إلخ. (ع)

(٤) من جهة أنه تفويت يد المالك عن المحل.

(٥) المتقومة.

(٦) قوله: "بخلاف الشاة إلخ" جواب عن قوله: وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة، وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم، واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق، يقال: شاة مذبوحة مسلوخة، كما يقال شاة حية. فإن قيل: الكلام فيه بعد التأريب، ولا يقال: شاة ماروبة بل يقال: لحم ماروب فقد حصل الفعل، وتبدل الاسم، ولم ينقطع حق المالك. أجيب بأنه كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها، ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود من الذبح بل يحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبدل العين، فبقيت مملوكة لصاحبها، بخلاف الطبخ بعده، فإنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها، أن يأخذها. (ع)

(٧) قوله: "هذا الوجه إلخ" أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك، وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب، فإنه إذا غصب دقيقًا، فخبزه وغزلا فنسجه، أو قطنًا فغزله أو سمسمًا فعصره ينقطع حق المالك. (ك)

(٨) للغاصب.

(٩) من غير توقف على رضى غيره. (ع)

(١٠) الغاصب.

(١١) فكذا يجوز له الانتفاع.

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام فى الشاة إلخ" رواه أبو داود فى سننه فى أول البيوع عن رجل من الأنصار قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ فى جنازة، فرأيت رسول الله ﷺ وهو على القبر يوصى الحافر أوسع من قبل رجليه أوسع من

الأسارى[١]»*، أفاد الأمر[٢] بالتصدق زوال ملك المالك[٣]، وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء[٤]، ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب[٥]، فيحرم قبل الإرضاء حسماً[٦] لمادة الفساد، ونفاذ بيعه[٧] وهبته مع الحرمة[٨] لقيام الملك، كما في الملك الفاسد[٩]. وإذا أدى البدل يباح له، لأن حق المالك صار موفى بالبدل، فحصلت مبادلة بالتراضي، وكذا إذا أبرأه[١٠] لسقوط حقه به[١١]، وكذا[١٢] إذا أدى[١٣] بالقضاء أو ضمنه الحاكم[١٤]، أو ضمنه المالك[١٥] لوجود الرضاء منه؛ لأنه[١٦] لا

قبل رأسه، فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام، فوضع يده، ووضع القوم فأكلوا ورسول الله ﷺ يلوك لقمة في فيه، قال: إني أجد شاة أخذت بغير إذن أهلها، فأرسلت المرأة يا رسول الله أني أرسلت بالبقيع اشترى شاة، فلم أجد، فأرسلت إلي جار لي قد اشترى شاة أرسل إلي بثمنها، فلم يوجد فأرسلت إلى امرأته، فأرسلت بها إلي، فقال عليه السلام: أطعمه الأسارى. (ت)

(١٣) أي المشوية صلى اللحم صلياً -بالفتح- بريان كرد گوشت را. (من)

(١) جمع أسير كأمير مقيد.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٨، والدراية ج٢، الحديث٨٨٦ ص٢٠٠. (نعيم)

(٢) قوله: "أفاد الأمر إلخ" فإن قيل: إنما يتصدق عندكم بالربح لا بالأصل المضمون، فيكون الحديث متروك الظاهر، فلا يصح الاحتجاج. قلنا: روى عن محمد أنه يتصدق بالأصل، فبقى الباقي على ظاهره، وهو حرمة الانتفاع، كذا في "الأسرار". (ك)

(٣) مع كون المالك معلوماً. (ع)

(٤) أي إرضاء الغاصب المالك.

(٥) بفعل في المغصوب.

(٦) قطعاً.

(٧) جواب عن قوله: ألا ترى أنه إلخ.

(٨) أي مع حرمة البيع والهبة.

(٩) قوله: "كما في الملك إلخ" فإنه لو وهب، أو باع المملوك بالملك الفاسد ينفذ بيعه وهبته مع أنه يحرم.

(١٠) المالك.

(١١) أي بالإبراء.

(١٢) أي وكذا يباح الانتفاع إذا أدى البدل بقضاء القاضي. (عيني)

(١٣) الغاصب.

(١٤) قوله: "أو ضمنه الحاكم [بأن كان المغصوب مال اليتيم أو مال الوقف]" قيل: معناه أن يكون المغصوب منه من كان القاضي ولياً له، وفيه أنه لا يساعده قوله الآتي، لأنه لا يقضى إلا بطلبه، فإن من كان القاضي ولياً له لا يلزم منه الطلب لقضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب، كما إذا كان اليتيم صغيراً جداً.

اللهم إلا أن يقال: أن طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي ولياً له، فإنه نائب منابه، وقيل: معناه قضى الحاكم بالضمان من غير أن يقع أداء البدل من الغاصب. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(١٥) قوله: "أو ضمنه المالك" قيل: معناه أخذ المالك الضمان بغير رضا الغاصب، وبغير القضاء، والمراد بقوله فيما قبل: وإذا أدى البدل إلخ أداءه برضاه، فلا يلزم الاستدراك.

يقضى إلا بطلبه. وعلى هذا الخلاف[١] إذا غصب حنطة فزرعها، أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف يباح الانتفاع[٢] فيهما[٣] قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه[٤]، بخلاف ما تقدم[٥] لقيام العين فيه من وجه، وفى الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده[٦] خلاف لهما[٧]، وأصله[٨] ما تقدم[٩].

قال: وإن غصب[١٠] فضة أو ذهبًا، فضربها دراهم أو دنانير، أو آنية[١١] لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنفية رحمه الله، فيأخذها ولا شيء للغاصب، وقالا: يملكها الغاصب وعليه مثلها؛ لأنه أحدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك هالكًا من وجه، ألا ترى[١٢] أنه كسره، وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال[١٣] في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك.

وله: أن العين باق من كل وجه[١٤] ألا ترى أن الاسم[١٥] باقٍ، ومعناه الأصلى

وقيل: معناه طلب المالك الضمان من الغاصب، ولم يؤدِّ الغاصب بعد، وقيل: معناه تراضى المالك والغاصب على مقدار من الضمان، أى بعض منه. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(١٦) القاضى.

(١) أى ملكها الغاصب عندنا خلافًا للشافعى. (ك)

(٢) بالغصب.

(٣) قوله: "فيهما" أى فى الحنطة التى زرعها والنواة التى غرسها. (ك)

(٤) قوله: "من كل وجه" لأن الحنطة صارت قصيلا والنواة صارت نخلا. (عينى)

(٥) إشارة إلى قوله: كمن غصب شاة وذبحها إلخ. (عناية)

(٦) أبى يوسف.

(٧) طرفين.

(٨) قوله: "وأصله" أى أصل وجوب التصدق بالفضل عندهما خلافًا لأبى يوسف ما مر عند قوله: من غصب عبداً فاستغله إلخ وأراد بالأصل الدليل المذكور. (غاية البيان)

(٩) قبل هذ الفصل. (ع)

(١٠) هذا لفظ القدورى. (عينى)

(١١) الإناء وعاء الماء. (مغرب)

(١٢) بيان لقوله: صيرت حق المالك هالكًا من وجه. (ك)

(١٣) قوله: "والتبر لا يصلح إلخ" بيان لفوات بعض المقاصد وهو أنه كان قبل الكسر والصنعة سلعة تتعين بالتعين، وقد فات هذ المعنى. (ك)

قوله: "والتبر" التبر ما كان غير مضروب من الذهب والفضة، وعن الزجاج وهو كل جوهر قبل أن يستعمل كالنحاس والصفر وغيرهما، وبه يظهر صحة قول محمد: الحديد ينطلق على المضروب والتبر، أى وغير المضروب. (مغرب)

(١٤) فلم ينقطع حق المالك. (ع)

(١٥) أى اسم الذهب والفضة. (ك)

الثمنية وكونه موزونًا، وأنه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره[١]، وصلاحيته لرأس المال[٢] من أحكام الصنعة دون العين، وكذا الصنعة[٣] فيها غير متقومة مطلقًا[٤]، لأنه لا قيمة[٥] لها عند المقابلة بجنسها.

قال[٦]: ومن غصب ساجة[٧]، فبنى عليها زال ملك المالك عنها، ولزم الغاصب قيمتها، وقال الشافعي رحمه الله: للمالك أخذها والوجه عن الجانبين قدمناه[٨]، ووجه[٩] آخر لنا فيه[١٠] أن فيما ذهب إليه إضرارًا بالغاصب[١١] بنقض بناءه الحاصل من غير خلف[١٢]، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة[١٣]، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته[١٤]، أو عبده، أو أدخل اللوح

---

(١) قوله: "باعتباره [أى باعتبار كونه موزونًا]" وبه فارق الحديد والصفر، فإن الصنعة هناك تخرجه من الوزن، وأن يكون مال الربا حتى لو باع قمقمة بقمقمتين يدا بيد يجوز. (ك)

(٢) قوله: "وصلاحيته [جواب عن قولهما: والتبر لايصلح. عناية] إلخ" أى غاية ما فى الباب أنه بعد الضرب صلح رأس مال الشركة والمضاربة، وهذه الصلاحية راجعة إلى صنعه لا إلى العين، فلم يوجب حدوثها تبدلا فى العين، فلم يكن العين هالكة أصلا. (غن)

(٣) جواب عن قولهما: أحدث صنعة معتبرة إلخ. (ع)

(٤) قوله: "غير متقومة مطلقًا" أى ليست متقومة فى كل الأحوال، بل فى بعضها إذا كسر إناء فضة أو ذهب يضمن قيمته من خلاف جنسه، وإن وجده صاحبه مكسورًا، ورضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح. (ك)

(٥) وإنما يتقوم عند المقابلة بخلاف جنسها. (ع)

(٦) هذه عبارة القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "ومن غصب ساجة" -بالجيم- وهى الخشبة العظيمة جدًا والخشبة المنحوتة المهيأة للأساس ونحوه، كذا فى "المغرب". (ك)

(٨) قوله: "قدمناه" أى فى أول هذا الفصل فى قوله: وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب. (ك)

(٩) أى دليل.

(١٠) أى فى تعليل هذه المسألة. (ع)

(١١) قوله: "إضرارًا بالغاصب إلخ" يعنى لا بد فى هذا من إلحاق الضرر بأحدهما، أما فى حق الغاصب بنقض بناءه، وأما فى حق المالك بانقطاع حقه عن الساجة، وضرر المالك مجبور بالقيمة، وفيه ضرر نقل المالية من العين إلى القيمة بدون اختياره، إلا أن فى الإضرار بالغاصب إهدار حقه، وفى قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفير المالية، ونقل حقه لا إهدار حقه، وذفع الضرر واجب بحسب الإمكان، فضرر النقل دون ضرر الإبطال. (ك)

(١٢) خلف -بالتحريك- آنكه سپس كسى يا چيزى رفته آيد. (من)

(١٣) قوله: "مجبور بالقيمة" ولا ريب فى أن الضرر المجبور دون الضرر المحض، فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى. (نت)

(١٤) قوله: "فصار كما إذا خاط إلخ" فإن قيل: عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث إن فيه تلف الناس لا لأن الغاصب ملك ذلك بما صنع، فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط.

قلنا: يثبت فى كل واحد منهما حق المالك وغيره، وجعل حق غيره أولى، لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر

المغصوب في سفينته[١].

ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: إنما لا ينقض[٢] إذا بنى في حوالي الساجة[٣]، أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض لأنه[٤] متعد فيه وجواب الكتاب[٥] يرد ذلك[٦] وهو الأصح[٧]. قال[٨]: ومن ذبح شاة غيره[٩]، فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه[١٠] قيمتها وسلمها إليه[١١]، وإن شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور[١٢]، وكذا إذا قطع يدهما[١٣] هذا هو ظاهر الرواية[١٤].

المالك، فكانا متساويين. (عناية)

(١) قوله: "أو أدخل اللوح [بالفتح تخته وتخته' كشتى] إلخ" فليس للمالك أن ينزع اللوح بوجه منها بشرط أن تكون السفينة في لجة البحر، وإنما قيدنا بذلك لأنها إذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده، فلا يصح الاستشهاد. (مل)

(٢) لأنه غير متعدّ فيه.

(٣) قوله: "إذا بنى في حوالي الساجة" بأن جعل الساجة في وسط الجدار للأحكام لا للبناء كما في الايوانات والأبنية المرتفعة. (ك)

قوله: "حوالي [گرداگرد چيزى]" در حقيقت حوالى بفتح لام ودر آخر ألف مقصورة بصورة ياست ودر استعمال عبارات عربى هميشة مضاف باشد بسوى يكى از ضمائر درين حالت ألف آخرش بطور ألف لفظ على بياى تحتانى تبديل بايد لام حواليه را مفتوح بايد خواند، ومكسور خواند غلط ست. (غياث)

(٤) بغير أمره.

(٥) قوله: "وجواب الكتاب [أي مختصر القدوري، يعني قوله: فبنى عليها. ع]" حيث أفاد لا ينقض البناء مطلقاً من غير تفصيل. (ك)

(٦) أي قول الكرخي.

(٧) قوله: "وهو الأصح" لأنه تغير عما كان عليه، لأن الساجة قبل الترك يصلح لطبخ القدور، وأبواب الدور، وبعد التركيب لا يصلح لشيء منها إلا بعد النقض، وقيام الشيء بمنافعها يكون، فلما فاتت منافعها من وجه صارت هالكة من وجه. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) بغير أمره.

(١٠) الغاصب.

(١١) الغاصب.

(١٢) قوله: "وكذا الجزور [جزور: شتر كشتنى]" وهو ما أعد للذبح من الإبل من الجزر، وهو القطع يقع على الذكر والأنثى، وإنما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة، وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان، بأن يقال: النقصان بالذبح في الشاة إنما كان بسبب تفويت صلاحيته للدر والنسل المطلوبين منها، فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان في الجزور بالذبح بل يستحق أجر المثل لجزارته على المالك، لأنه حقق مقصوده فيها، فكان زيادة لا نقصاناً، فدفع تلك الشبهة بقوله: وكذا الجزور، وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان، فكان للمالك الخيار، لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الأسمان، وتبقيتها إلى زمان يحصل مقاصده فيه. (نتائج)

(١٣) قوله: "إذا قطع يدهما [أي إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه، وإن شاء ضمنه نقصانها]" لأن قطع اليد أو

ووجهه أنه[1] إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر[2] والنسل وبقاء بعضها، وهو اللحم، فصار كالخرق[3] الفاحش في الثوب، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم، فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها[4] لوجود الاستهلاك من كل وجه[5]، بخلاف[6] قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعًا به بعد قطع الطرف.

قال[7]: ومن خرق ثوب غيره خرقًا يسيرًا ضمن نقصانه، والثوب لمالكه؛ لأن العين قائم من كل وجه، وإنما دخله عيب، فيضمنه.

وإن[8] خرق خرقًا[9] كثيرًا تبطل عامة منافعه، فلمالكه أن يضمنه[10] جميع قيمته؛ لأنه استهلاك من هذا الوجه[11]، فكأنه[12] أحرقه.

قال[13]: معناه يترك الثوب عليه[14]، وإن شاء[15] أخذ الثوب وضمنه النقصان؛

الرجل كالذبح في الحكم، فله الخيار المذكور في الذبح. (مجمع الأنهر)

(١٤) قوله: "هذا هو ظاهر الرواية" احترز به عما روي الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يضمنه شيئًا في ذبح الشاة إذا أخذها لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة من حيث التقريب إلى الانتفاع باللحم، وما ذكره في ظاهر الرواية أصح، لأنه نقصان باعتبار تفويت بعض الأغراض. (كفاية)

(١) ذبح.

(٢) شير.

(٣) فإنه إن شاء ضمن الغاصب جميع قيمة الثوب والثوب يأخذه الغاصب، وإن شاء ضمن النقصان.، سيجيء بيان الخرق الفاحش.

(٤) قوله: "للمالك أن يضمنه إلخ" أي الواجب ههنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما إذا كان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان. (كفاية)

(٥) فإنه إما ينتفع بها بما هو المقصود منها من الركوب والحمل وغيرهما. (ع)

(٦) متعلق بقوله: للمالك أن يضمنه إلخ. (ع)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) هذه عبارة القدوري.

(٩) قوله: "خرقًا كثيرًا" اختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش، فقيل: إن أوجب نقصان ربع القيمة فصاعدًا فهو فاحش، وإن كان دون ذلك فهو يسير. وقيل: إن أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش، وما دونه يسير، وقيل: الفاحش ما لا يصلح بعده لثوب ما، واليسير ما يصلح بعده لثوب ما.

وقيل: إن كان لا يخل لمنفعة اللبس فهو يسير، وإن كان يخل لمنفعة اللبس لكن يمكن إصلاحه بالخياطة لمنفعة اللبس يكون فاحشًا، وأشار في القدوري إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع، قيل: معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما. (مل)

(١٠) الغاصب.

(١١) أي من وجه بطلان عامة منافعه.

(١٢) الغاصب.

لأنه[1] تعييب من وجه من حيث إن العين باقٍ، وكذا بعض المنافع قائم، ثم إشارة الكتاب[2] إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين[3]، وجنس المنفعة[4] ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يدخل فيه النقصان[5]، لأن[6] محمداً رحمه الله جعل فى "الأصل"[7] قطع الثوب نقصاناً فاحشاً، والفائت[8] به بعض المنافع.

قال[9]: ومن غصب[10] أرضاً فغرس فيها، أو بنى قيل له[11]: اقلع البناء والغرس[12] وردها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام[13]: «ليس لعرق ظالم حق[14]»*، ولأن ملك صاحب الأرض باقٍ، فإن الأرض لم تصر مستهلكة،

---

(١٣) أى المصنف. (عينى)

(١٤) الغاصب.

(١٥) المالك.

(١) خرق كثير.

(٢) أى مختصر القدورى.

(٣) قوله: "ما يفوت به بعض العين" قيل: يعنى من حيث الظاهر والغالب، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزاءه، وجنس المنفعة يعنى لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه. (ع)

(٤) قوله: "وجنس المنفعة [بأن كان يصلح للقباء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقميص مثلا. ك]" أى كل المنفعة على سبيل سلب العموم لا عموم السلب. (أعظمى)

(٥) يعنى من حيث المالية بسبب فوت الجودة. (ع)

(٦) أى إنما كان ذلك صحيحاً دون غيره لأن محمداً إلخ. (ع)

(٧) قوله: "جعل فى "الأصل" [أى المبسوط] إلخ" فى "المبسوط" ذكر محمد رحمه الله فى كتاب الغصب إذا غصب الغاصب ثوباً وقطعه قميصاً فقبل أن يخيطه جاء المالك فهو بالخيار إن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان، وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه جميع القيمة والثوب بعد ما قطع قميصاً بقى صالحاً للقميص، وإن لم يبقَ صالحاً للقباء، وقد اعتبره خرقاً فاحشاً حيث خير المالك. (ك)

(٨) الواو حالية.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) الغصب ههنا على المعنى اللغوى.

(١١) قوله: "قيل له: اقلع إلخ" كان القاضى الإمام أبو على النسفى يحكى عن الكرخى أنه ذكر فى بعض كتبه تفصيلا، فقال: إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذ، وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها. (ع)

(١٢) قوله: "والغرس" يروى بفتح الغين وكسرها جميعاً، فالأول مصدر بمعنى المفعول والثانى اسم ما يغرس من الشجر والنخل. (غن)

(١٣) أخره أبو داود عن سعيد بن زيد فى الخراج.

(١٤) قوله: "ليس لعرق ظالم" بتنوين عرق على وجه الصفة والموصوف، ذكر فى المغرب أى الذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الأرض غرساً ليستوجبها وصف الغرس بالظلم الذى هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز

والغصب[١] لا يتحقق[٢] فيها[٣]، ولا بد للملك من سبب[٤]، فيؤمر[٥] الشاغل بتفريغها، كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه[٦].

فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك[٧]، فللمالك أن يضمن له قيمة البناء، وقيمة الغرس مقلوعًا[٨]، ويكونان له[٩]؛ لأن فيه نظرًا لهما، ودفع الضرر عنهما، وقوله: قيمته مقلوعًا معناه قيمة بناء، أو شجر يؤمر بقلعه[١٠]؛ لأن[١١] حقه فيه إذ لا قرار له فيه، فيقوم الأرض[١٢] بدون الشجر والبناء، ويقوم وبها[١٣] شجر أو بناء لصاحب[١٤] الأرض أن يأمره بقلعه، فيضمن فضل ما بينهما[١٥].

قال[١٦]: ومن غصب ثوبًا، فصبغه أحمر أو سويقًا، فلته[١٧] بسمن فصاحبه بالخيار إن شاء[١٨] ضمنه قيمة ثوب أبيض، ومثل السويق وسلمه للغاصب[١٩]، وإن

حسن، وفي الأوضح أنه في بعض الرويات على الإضافة. (ك)

قوله: "لعرق" والعرق -بالكسر- رق الشجر، وقوله: ليس لعرق ظالم حق، أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الأرض غرسًا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظالم الذي هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٩، والدراية ج٢، الحديث٨٨٧ ص٢٠١. (نعيم)

(١) أي شرعًا.

(٢) لعدم النقل.

(٣) أرض.

(٤) وليس السبب ههنا حتى يملك الغاصب.

(٥) الغاصب.

(٦) فيؤمر الفراغ.

(٧) أي البناء أو الغرس.

(٨) أي مأمورًا بقلعه. (ك)

(٩) أي لمالك الأرض.

(١٠) قوله: "ويؤمر بقلعه" يعني ليس معنى قوله: مقلوعًا أن يقلع ثم يقوم بل يقوما وهما قائمان بقيمة ما لو كانا مقلوعين. (غاية البيان)

(١١) أي لأن حق الغاصب في بناء أو شجر يؤمر بقلعه. (ك)

(١٢) قوله: "فيقوم الأرض إلخ" يعني يكون قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا، ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر، فيضمن صاحب الأرض خمسة دنانير الغاصب، فيسلم الأرض، وكذا البناء له. (ع)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) صفة لقوله: شجر أو بناء.

(١٥) هو قيمة الشجر أو البناء المأمور مالكه بقلعه. (ك)

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) لت: تر كردن وپيوستن. (كنز اللغات)

شاء أخذهما، وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما.

وقال الشافعي رحمه الله: في الثوب لصاحبه أن يمسكه[١]، ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة[٢] بنى فيها، لأن التمييز ممكن[٣] بخلاف السمن في السويق، لأن التمييز متعذر.

ولنا ما بينا[٤] أن فيه رعاية الجانبين، والخيرة لصاحب الثوب[٥] لكونه صاحب الأصل[٦]، بخلاف الساحة بنى فيها لأن النقض[٧] له[٨] بعد النقض[٩]، أما الصبغ فيتلاشى[١٠]، وبخلاف ما إذا انصبغ[١١] بهبوب الريح، لأنه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب[١٢]، فيتملك صاحب الأصل الصبغ.

قال أبو عصمة[١٣] في أصل المسألة[١٤]: وإن شاء رب الثوب باعه، ويضرب[١٥]

---

(١٨) المالك.

(١٩) أي الثوب المصبوغ والسويق الملتوت.

(١) ثوب.

(٢) قوله: "اعتباراً بفصل الساحة [ساحت ناحية وكشادگی ميان سرايها. من]" كما أن في فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم يتضرر الأرض به، فكذلك ههنا لأن في كل منها شغل ملك الغير بملكه. (ع)

(٣) يعني بالعصر. (ع)

(٤) يعني في مسألة الساجة بالجيم بقوله: ووجه آخر لنا. (ع)

(٥) قوله: "والخيرة إلخ" جواب عما يقال: لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ إن شاء سلم الثوب إلى مالكه، وضمنه قيمة صبغه، وإن شاء ضمن قيمة ثوب أبيض. (ع)

(٦) قوله: "لكونه صاحب الأصل" والصبغ صفته فيكون كالتابع له، والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ. (ع)

(٧) أي المنقوض كالخشب والآجر.

(٨) غاصب.

(٩) أي فك التركيب.

(١٠) قوله: "فيتلاشى" أي بالغسل ولم يحصل للغاصب منه شيء فلم يؤمر الغاصب بقلع صبغه كيلا يفوت حقه أصلا. (ك)

(١١) الثوب.

(١٢) أي بالقيمة.

(١٣) المروزي.

(١٤) قوله: "في أصل المسألة" يعني في قوله: ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر إلخ، واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ، وإن كان مسألة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسألة، فقيده بذلك تصحيحاً للنقل. (عناية)

(١٥) يأخذ.

بقيمته أبيض، وصاحب الصبغ[١] بما زاد الصبغ فيه، لأن له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة، وعند امتناعه[٢] تعين[٣] رعاية الجانبين في البيع.

ويتأتى هذا[٤] فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه، وقد ظهر بما ذكرنا[٥] الوجه[٦] في السويق[٧]، غير أن السويق من ذوات الأمثال، فيضمن مثله، والثوب من ذوات القيم، فيضمن قيمته. وقال في "الأصل"[٨]: يضمن قيمة السويق، لأن السويق يتفاوت بالقلي[٩]، فلم يبقَ مثليًا، وقيل: المراد منه المثل سمّاه به لقيامه مقامه[١٠]، والصفرة كالحمرة، ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما زيادة، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان[١١].

وقيل: إن كان ثوبًا ينقصه السواد فهو نقصان، وإن كان ثوبًا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة، وقد عرف في غير هذا الموضع[١٢]. ولو كان ثوبًا ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهمًا، فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد رحمه الله[١٣] أنه ينظر

---

(١) أي يضرب صاحب إلخ.

(٢) عن التملك.

(٣) لأنه طريق إيصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه. (ك)

(٤) قوله: "ويتأتى هذا" أي يتأتى قول أبي عصمة فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه أيضًا، وقوله: فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه أظهر لأنه إذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ على كره منه، فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذر تضمينه جبرًا تعين البيع طريقًا للوصول إلى حقه إذا لم يرضَ صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة، فأما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ لا يتعين البيع طريقًا للوصول إلى حقه، لأن له تضمين الغاصب بالثوب الأبيض. (ك)

(٥) في مسألة الصبغ والانصباغ. (ع)

(٦) قوله: "الوجه إلخ" أي الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ والانصباغ أما حكمه في الغصب فقد ذكر أن صاحب السويق بالخيار إن شاء ضمنه مثل السويق، وإن شاء أخذها وغرم السمن.

وأما حكم السويق والسمن في الاختلاط بغير فعل أحد فقد ذكر في "الإيضاح": أن السمن لو اختلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ، لأن السويق أصل والسمن كالتابع له، فإنه يقال: سويق ملتوت، وأما العسل والسمن فكلاهما أصلان. (ك)

(٧) سواء خلط بالسمن أو اختلط.

(٨) أي المبسوط.

(٩) قلي: بريان كردن. (كنز)

(١٠) أي مقام المغصوب.

(١١) قوله: "وقيل: هذا اختلاف عصر إلخ" لأنه أجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني أمية فإنهم كانوا يمنعون عن لبس السواد، وهما أجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد. (ك)

(١٢) أي في "شرح مختصر الكرخي".

(١٣) في رواية هشام.

إلى ثوب يزيد[١] فيه الحمرة، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه[٢] وخمسة دراهم، لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ[٣].

فصل[٤]

ومن غصب عينا فغيّبها[٥]، فضمّنه المالك قيمتها ملكها[٦]، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا يملكها، لأن الغصب عدوان محض[٧]، فلا يصلح سببًا للملك كما[٨] في المدبر.

ولنا أنه[٩] ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك، فيملكه[١٠] دفعًا للضرر عنه[١١]، بخلاف المدبر، لأنه غير قابل للنقل[١٢] لحق المدبر، نعم، قد يفسخ التدبير بالقضاء[١٣]، لكن البيع بعده[١٤] يصادف القنّ[١٥].

---

(١) ولا ينقص قيمته به.

(٢) رب الثوب من الغاصب.

(٣) قوله: "جبرت إلخ" فإن صاحب الثوب استوجب نقصان قيمة الثوب عشرة واستوجب الصبغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص، فيرجع عليه بما بقي من النقصان وهي خمسة. (عيني)

(٤) قوله: "فصل" لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة يتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية. (نتائج)

(٥) قوله: "فغيّبها [أي جعل الغاصب المغصوب غائبًا. مجمع الأنهر]" فالمالك بالخيار إن شاء صبر إلى أن يوجد، وإن شاء ضمنه قيمتها فإن اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها. (ع)

(٦) الغاصب.

(٧) قوله: "عدوان [ظلم] محض" أي ما فيه وجه إباحة، فلا يصلح سببًا للمالك لأنه حكم مشروع فيستدعي سببًا مشروعًا والتعدي لا يكون مشروعًا، لأن أدنى درجاته أن يكون مباحًا والتعدي لا يكون مباحًا. (ك)

(٨) أي كما لو غصب مدبرًا، وغيبه وضمن قيمته فإنه لا يملك بالاتفاق. (ع)

(٩) قوله: "أنه ملك إلخ" يعني أن المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقبة، وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته، ودخل في ملك صاحب البدل دفعًا للضرر عن مالك البدل بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك، والمدبر ليس كذلك. (ع)

(١٠) الغاصب.

(١١) أي عن الغاصب.

(١٢) من ملك إلى ملك.

(١٣) قوله: "نعم، قد يفسخ إلخ" جواب عما يقال: لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل فإن مولاه لو باعه، وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع، ويفسخ التدبير إذا خاصمه المشتري بالتسليم. وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه، فحينئذ كان البيع مصادفًا للقن لا للمدبر، فيجوز بيعه لمصادفته القن، بهذا الطريق، وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير. (ملخصًا من الحواشي)

(١٤) الفسخ.

(١٥) قوله: "يصادف القن [فإنه بفسخ القاضي يعود إلى الرق. ك]" والكلام في امتناع النقل مع بقاء التدبير. (أعظمي)

قال[١] : والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه ؛ لأن المالك يدعي الزيادة، وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه، إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك[٢] ؛ لأنه أثبته بالحجة الملزمة.

قال[٣] : فإن ظهرت العين، وقيمتها[٤] أكثر مما ضمن، وقد ضمنها بقول المالك، أو ببينة أقامها، أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب[٥] ؛ لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار.

قال[٦] : فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض ؛ لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة، وأخذه[٧] دونها[٨] لعدم الحجة[٩]، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه[١٠] في هذا الفصل الأخير[١١]، فكذلك الجواب[١٢] في ظاهر الرواية، وهو الأصح[١٣]، خلافًا لما قاله الكرخي رحمه الله : إنه لا خيار له[١٤] لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعطِ له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا[١٥].

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "إلا أن يقيم المالك إلخ" فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لا تقبل بينته، بل يحلف عن دعواه، لأن بينته تنفي الزيادة، والبينة على النفي لا تقبل.

قال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت. (عناية)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "وهو للغاصب" أي العين المغصوبة للغاصب، وإنما ذكر الضمير الراجع إلى المؤنث على تأويل الشيء المغصوب. (غاية البيان)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "وأخذه إلخ" أي فإن قيل: أخذه القيمة، وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا، فكانت كالمسألة الأولى أجاب بقوله: وأخذه دونها، أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا، لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة، وهي عدم الحجة، فلا يدل على رضاه، بخلاف المسألة المتقدمة، لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره. (عناية)

(٨) الزيادة.

(٩) البينة.

(١٠) أي دون ما ضمنه.

(١١) أي ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه. (ك)

(١٢) قوله: "فكذلك الجواب" أي فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض. (غن)

(١٣) أي ظاهر الرواية.

(١٤) قوله: "أنه لا خيار له [في استرداده، إذ لا ضرر]" لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله. (كافي)

قال[١]: ومن غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه، وإن أعتقه[٢] ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه؛ لأن الملك[٣] الثابت فيه[٤] ناقص لثبوته مستنداً[٥]، أو ضرورةً، ولهذا يظهر في حق الأكساب[٦] دون الأولاد[٧]، والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب[٨].

قال[٩]: وولد المغصوبة ونماءها[١٠]، وثمرة البستان المغصوبة أمانة في يد الغاصب إن هلك، فلا ضمان عليه[١١] إلا أن يتعدى فيها، أو يطلبها مالكها، فيمنعها إياه.

وقال الشافعي رحمه الله: زوائد المغصوب مضمونة متصلةً[١٢] كانت أو منفصلةً[١٣] لوجود الغصب، وهو إثبات اليد[١٤] على مال الغير بغير رضاه، كما في

---

(١٥) قوله: "والخيار لفوات الرضاء" وجاز أن يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المتقومين، ولا يكون مثله عنده، فلا يرضى به بدلا، وقد لا يرضى الإنسان بزوال العين. (كافي)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) قوله: "وإن أعتقه [غاصب] إلخ" قيد بإعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازاً عن إعتاق المشتري من الغاصب، ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين في رواية يصح إعتاقه، وهو الأصح، وفي رواية لا يصح. (ع)

(٣) أي ملك الغاصب.

(٤) المغصوب.

(٥) قوله: "لثبوته مستنداً" أي إلى وقت الغصب فإن المغصوب يصير ملكاً للغاصب عند أداء الضمان بقضاء القاضي عليه، أو بتراضيهما من وقت الغصب. (مصفى)

قوله: "مستنداً" والثابت بطريق الاستناد ثابت من وجه دون وجه، أو ضرورة إذ الدليل يأبى ثبوت الملك بالغصب لكونه عدواناً والملك نعمة، وإنما يثبت الملك له ضرورة القضاء بالضمان لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد، والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه، ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد، لأن الملك يثبت شرطاً للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة، وهو بعد الانفصال ليس بتبع، فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب، لأنه بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً، وثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع سواء ثبت في المتبوع مقصوداً بسببه أو شرطا لغيره. (كافي)

(٦) أي أكساب المغصوب فإنها للغاصب.

(٧) أي أولاد المغصوب فإنها للمالك.

(٨) فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه. (ع)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) كالسمن والجمال.

(١١) قوله: "فلا ضمان عليه" وأما الغلة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه، وإن استهلكها لما أنها عوض عن منافع المغصوب، ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا، فكذا بدلها. (ك)

(١٢) كالسمن والجمال. (ك)

(١٣) كالولد.

(١٤) هذا هو حد الغصب عند الشافعي.

الظبية[١] المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون[٢] مضمونًا عليه[٣].

ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه[٤]، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة[٥]، حتى يزيلها الغاصب، ولو اعتبرت[٦] ثابتة على الولد لا يزيلها، إذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه، وكذا إذا تعدى فيه، كما قال في "الكتاب"[٧]، وذلك[٨] بأن أتلفه[٩]، أو ذبحه فأكله، أو باعه وسلمه[١٠]، وفي الظبية[١١] المخرجة[١٢] لا يضمن ولدها إذا هلك[١٣] قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع، وإنما يضمنه[١٤] إذا هلك بعده لوجود المنع[١٥] بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع[١٦]، وعلى هذا[١٧] أكثر مشايخنا رحمهم

---

(١) قوله: "في الظبية" ومن أخرج ظبية الحرم حلالا أو محرمًا فولدت، ماتا، أي الظبية والولد ضمنهما لأنه كان واجبا عليه أن يرده إلى مأمنه، وهذا صفة شرعية، فتسرى إلى الولد. (مجمع الأنهر)

(٢) الولد.

(٣) قوله: "مضمونًا عليه [إن قتل الحلال صيد الحرم فعليه قيمته. مجمع]" لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن هناك منع من الخروج. (ع)

(٤) في أول كتاب الغصب. (ع)

(٥) قوله: "ما كانت ثابتة [لحدوثها عند الغاصب] إلخ" واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه، وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في "الإسرار". وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبًا في الأمة، فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير، كذا في "العناية"، وكثير من الشروح. (نت)

(٦) قوله: "ولو اعتبرت" أي لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تبعا لملك الأم، فإنه ما أزال اليد إذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه. (ك)

(٧) مختصر القدوري حيث قال: إلا أن يتعدى فيها.

(٨) تعدى.

(٩) الغاصب.

(١٠) قوله: "أو باعه وسلمه" إنما ذكر التسليم لأن التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده، كما لو باع الوديعة وسلمها فإنه يكون ضامنًا، فإن قيل: فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد.

قلنا: بل فيه تفويت يده، لأنه كان متمكنًا من أخذه من الغاصب، وقد زال بيعه وتسليمه، فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنًا، كذا في "المبسوط". (ك)

(١١) جواب عن قوله: كما في الظبية المخرجة. (عناية)

(١٢) من الحرم.

(١٣) الولد.

(١٤) ولد الظبية.

(١٥) لا لكون الأم مضمونة.

(١٦) قوله: "وهو الشرع" لأن الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الأصل مع ولده إلى مأمنه، فوجد

الله .

ولو أطلق الجواب، فهو ضمان جناية[١]، ولهذا يتكرر بتكررها[٢]، ويجب[٣] بالإعانة[٤] والإشارة[٥]، فلأن يجب[٦] بما هو فوقها[٧] وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى.

قال[٨]: وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب[٩]، فإن كان في قيمة الولد وفاء به[١٠] جبر[١١] النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب.

وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا ينجبر النقصان بالولد، لأن الولد ملكه[١٢] فلا يصلح[١٣] جابرا لملكه كما في ولد الظبية[١٤]، وكما إذا هلك الولد قبل الرد[١٥]، أو

المنع منه بعد الطلب وهو سبب للضمان. (ك)

(١٧) أي على هذا التفصيل.

(١) قوله: "ولو أطلق الجواب إلخ" يعني لو قيل: لوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده فهو ضمان جناية، أي إتلاف لأن الضمان في صيد الحرم ضمان إتلاف معنى الصيدية حكمًا، لأنه كان صيداً آمنا في الحرم، وذلك في تنفره، وبعده عن أيدينا فإثبات اليد عليه يكون إتلافاً لمعنى الصيدية حكماً، وقد تحقق ذلك في الولد بإثبات اليد عليه، فأما الأموال فمحفوظة بالأيدي، وإنما يجب الضمان فيها بتفويت الأيدي لا بإثبات اليد عليها. (كافي)

(٢) قوله: "ولهذا [متفرع على قوله: فهو ضمان جناية. نت] يتكرر إلخ" أي يتعدد بتعدد الجناية، كما إذا اشترك محرمان في قتل صيد الحرم فعلى كل واحد منهما الجزاء كاملا. وقيل: يتكرر الجزاء بتكرر الجناية، وهو أنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد من الحرم، ثم أرسله في الحرم، ثم أخرج ذلك الصيد عن الحرم يجب ضمان آخر. ويحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم. (ك)

(٣) الجزاء بالنص.

(٤) قوله: "بالإعانة [على الاصطياد]" إن دل المحرم على الصيد من قتله سواء كان القاتل محرمًا، أو حلالا فعليه الجزاء، كذا في المعدن. (مجمع البركات)

(٥) إلى الصيد.

(٦) الجزاء.

(٧) أي فوق الإعانة والإشارة.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "وما نقصت الجارية إلخ" أي ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب، فلو غصبها فولدت عنده، فمات الولد فعليه رد الجارية، ورد نقصان الولادة الذي يثبت فيها بسبب الولادة، لأن الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزاءها وقد فات جزء مضمونًا عليه، كما لو فات كلها، فإن ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية، وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئًا، وقال زفر إلخ. (ع)

(١٠) أي بالنقصان.

(١١) وفي نسخة: انجبر.

(١٢) المالك.

ماتت الأم[1] وبالولد[2] وفاء، وصار كما إذا جز صوف شاة غيره[3]، أو قطع قوائم شجر غيره، أو خصى[4] عبد غيره، أو علمه الحرفة فأضناه[5] التعليم.

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد[6] وهو الولادة[7]، أو العلوق على ما عرف[8]، وعند ذلك لا يعد نقصانًا[9]، فلا يوجب ضمانًا، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت[10]، ثم سمنت أو سقطت ثنيتها[11]، ثم نبتت[12]، أو قطع يد المغصوب فى يده[13]، وأخذ[14] أرشها، وأداه[15] مع العبد يحتسب عن نقصان

---

(١٣) الولد.

(١٤) قوله: "كما فى ولد الظبية" أى المخرجة من الحرم إذا نقصت قيمتها بسبب الولادة، وقيمة ولدها تساوى ذلك النقصان فإنه لا ينجبر بها، بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما إلى الحرم. (عناية)

(١٥) فلا يكون الولد جبراً للنقصان.

(١) أى الأمة بالولادة، فعليه قيمة الأم. (ك)

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "كما إذا جز [جز -بالفتح وتشديد زاء- بريدن موى پشم. م] صوف شاة غيره" ونبت مكانه آخراً، أو قطع قوائم شجرا لغير، فنبت قوائم أخرى مكانها، أو خصى عبد غيره، فزادت قيمته بسبب الخصاء، أو علمه الحرفة فأضناه التعليم، فإنه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم، ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه. (ع)

(٤) خصى خايه كشيده، خصاه خصاء بالكسر والمد خصى كرد او را. (من)

(٥) إضناء: لاغر كردن. (كنز اللغات)

(٦) قوله: "واحد" وإذا اتحد سبب الزيادة والنقصان امتنع ظهور النقصان فامتنع الضمان كالبيع فإنه يزيل المبيع عن ملكه ويدخل الثمن فى ملكه فلا يعد نقصانًا حتى لو شهد شاهدان ببيع شيء بمثل القيمة، ثم رجعا لم يضمنا شيئًا. (ك)

(٧) قوله: "وهو الولادة إلخ" أى عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله سبب النقصان الولادة، لأنها وجبت فوات جزء من مالية الأصل، وحدوث مالية الولد لأنه وإن كان موجوداً قبل الانفصال لم يكن مالا، حتى لم يجز بيعه وهبته، وإنما صار ما لا مقصوداً بالانفصال.

وعند أبى حنيفة رحمه الله سبب النقصان العلوق ويظهر ذلك فى ما إذا غصب جارية، فحبلت عند الغاصب فردها فماتت بالولادة فعندهما لا يضمن، لأن سبب الهلاك الولادة، وكان ذلك فى يد المالك، ويضمن عند أبى حنيفة رحمه الله، لأن سببه العلوق، وكان عند الغاصب وقوله: على ما عرف إشارة إلى هذا. (ك)

(٨) يعنى فى طريقة الخلاف. (عناية) الطريقة فى الخلاف والجدل مصنفة للمتقدمين والمتأخرين.

(٩) قوله: "لا يعد" لأن السبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفًا عن النقصان. (عناية)

(١٠) هزل هزلا -بالفتح ويضم- لا غر گرديد. (من)

(١١) ثنية: دندان پيشن. (كنز)

(١٢) الثنية.

(١٣) الغاصب.

(١٤) الغاصب.

(١٥) إلى المالك.

القطع[١]، وولد الظبية[٢] ممنوع[٣]، وكذا إذا ماتت الأم[٤] وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ الولادة لا تفضى إليه غالبًا[٥].

وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة[٦]، فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء[٧] لا يعدّ زيادة[٨]، لأنه غرض[٩] بعض الفسقة[١٠]، ولا اتحاد فى السبب[١١] فيما وراء ذلك من المسائل، لأن سبب النقصان القطع والجز، وسبب الزيادة النمو، وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم.

قال[١٢]: ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها[١٣]، وماتت فى

---

(١) ولم يعتبر النقصان لكونه إلى خلف. (ع)

(٢) شروع فى الجواب عن قولهما.

(٣) قوله: "ممنوع" أى لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد بل ينجبر نقصان الظبية بالولادة بقيمة الولد، فلا يرد نقضًا، ولئن سلم فهذا الولد لا يصلح أن يكون خلفًا عن الجزء الفائت لأنه مضمون بنفسه، فلم يجز أن يؤدى به ضمان غيره، بخلاف مسألتنا. (مل)

(٤) قوله: "وكذا إذا ماتت إلخ" أى الأم إذا ماتت بالولادة وبقيمة الولد وفاء بنقصان الولادة، فلا نسلم أنه لا ينجبر قيمتها بقيمة الولد، بل نقول: ينجبر فى رواية، فلا يرد نقضا، وهذا المنع على رواية وهى غير ظاهر الرواية، وأما تخريج الرواية الثانية وهى ظاهر الرواية، أى أنه لا ينجبر فهو إن كلامنا فيما إذا كان سبب الزيادة والنقصان واحدًا، وههنا ليس كذلك فإن الولادة سبب الزيادة، وليست بسبب لموت الأم إذ الولادة لا تفضى إلى الموت غالبًا، فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان، فلم ينجبر. (مل)

(٥) لا يقال: إنها أفضيت إليه فى هذه الصورة، لأنا نقول: الأصل هو النظر إلى أوضاع أسباب التصرفات لا إلى إفرادها. (ك)

(٦) قوله: "لأنه لا بد إلخ" يعنى الواجب عليه رد الأصل بالصفة التى أخذها وما ردها بتلك الصفة، وإنما يكون الجبر لوردها مع الولد الذى هو خلف عن النقصان، فإذا لم يرد الولد الذى هو خلف عن النقصان لا يبرأ. (كفاية)
قوله: "لا بد من رد أصله" أى أصل الولد وهو نقصان الجارية، فكذا لا بد من رد خلفه، أى خلف الأصل، وهو الولد ولم يوجد بالموت وانتشار هذا الضمير مرخص لعدم الاشتباه، أو يكون المعنى لا بد من رد أصل الحق للبراءة، فكذا لا بد من رد خلفه. (أعظمى)

(٧) على فعال.

(٨) قوله: "لا يعد زيادة" أى فى المالية لأنها إنما يتحقق لرغبته عامة الناس، وهى ليست بمرغوبة عند العامة، وإنما هى رغبة بعض الجهال لظنهم أن الخصى كالمحرم. (كفاية)

(٩) وهى اللواطة وإدخاله على النساء وهو أيضًا فسق. (أعظمى)

(١٠) فلم يكن له اعتبار فى الشرع. (ع)

(١١) قوله: "ولا اتحاد فى السبب إلخ" فإن قيل: المذكور جواب المستشهد بها، وأصل نكتة الخصم هو أن الولد ملك المولى، فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع فى ملكه، فهو على حاله. أجيب: بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله: لا يعد نقصانًا، فإذا لم يكن نقصانًا لم يحتج إلى جابر، فإطلاق الجابر عليه توسع فى العبارة، فإن قيل: الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفًا عن المضمون؟ فالجواب ما أشار إليه المصنف من عدم نقصان ليضمنه. (ع)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

نفاسها[١]، يضمن قيمتها يوم علقت، ولا ضمان عليه في الحرة[٢]، هذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يضمن في الأمة أيضاً[٣].

لهما أن الرد قد صح[٤]، والهلاك بعده[٥] بسبب حدث في يد المالك[٦] وهو الولادة، فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت[٧] في يد الغاصب، ثم ردها[٨] فهلكت[٩]، أو زنت في يده، ثم ردها، فجلدت[١٠] فهلكت[١١] منه، وكمن اشترى جارية قد حبلت[١٢] في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن.

وله أنه غصبها و ما[١٣] انعقد فيها سبب التلف وردت، وفيها[١٤] ذلك[١٥]، فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه، فلم يصح الرد، وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية، فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها[١٦]، بأن كانت الجناية خطأ

---

(١٣) قوله: "فحبلت ثم ردها" هكذا في عامة النسخ، والغرض أن الحبل كان موجوداً وقت الرد، وفي بعض النسخ فزنى بها، ثم ردها فحبلت، وهكذا في "الجامع الصغير" كما نقل عنه صاحب "العناية"، واختار هذه النسخة صاحب "الكفاية"، فالمعنى أي ردها فتبين أنها حبلى. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(١) قوله: "وماتت [عند المولى] في نفاسها" قيد بالموت في نفاسها ليكون الموت في أثر الولادة. (ك)

(٢) أي زنى بها رجل بكراهتها فحبلت وماتت في نفاسها. (ع)

(٣) أي إذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها. (ع)

(٤) قوله: "قد صح" لأنه أوصل الحق إلى المستحق وصحة الرد يوجب البراءة عن الضمان، فإن قيل: لا نسلم أن الرد صح لأنه هلكت بسبب كان عند الغاصب أجاب بقوله: والهلاك إلخ. (ع)

(٥) رد.

(٦) قوله: "بسبب حدث [لا بسبب كان عند الغاصب. ع] إلخ" أقول: يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا سبباً للهلاك وقد صرح فيما مر أنها ليست بسبب للموت حيث قال: وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ لا تفضى إليه غالباً، فكان بين الكلامين تدافع، فليتأمل في التوجيه. (نت)

(٧) حُمّ مجهولا: تب كرد او. (من)

(٨) المحمومة.

(٩) عند المولى فلا ضمان.

(١٠) عند المولى، جلده جلداً: تازيانه زد او را. (من)

(١١) فلا ضمان.

(١٢) ولم يعلم المشتري بالحمل. (ع)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) أي سبب التلف.

(١٦) إلى ولي الجناية.

يرجع[١] على الغاصب بكل القيمة، كذا هذا، بخلاف الحرة لأنها لا تضمن[٢] بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد، وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم[٣]، وما ذكرناه[٤] شرط صحة الرد[٥]، والزنا سبب لجلد مؤلم[٦]، لا جارح ولا متلف، فلم يوجد السبب[٧] في يد الغاصب.

قال[٨]: ولا يضمن الغاصب[٩] منافع[١٠] ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله[١١]، فيغرم النقصان.

وقال الشافعي رحمه الله: يضمنها، فيجب أجر المثل، ولا فرق في المذهبين[١٢] بينما إذا عطلها أو سكنها.

---

(١) المالك.

(٢) فإنها ليست بمال.

(٣) قوله: "في فصل الشراء إلخ" هذا جواب عن قولهما، وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع قيل: هو ممنوع، ولئن سلم فنقول: ليس على البائع هناك الرد، ولكن عليه التسليم، لأنه يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد، وهو أنه مال متقوم، وقد وجد ذلك لأنه سلمه كما وقع عليه العبد، لأن العقد يرد على العين لا على الأوصاف.
ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن، وبموتها في النفاس لا ينعدم التسليم، والواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك إنما يتحقق في الرد كما قبض، لأن الأوصاف داخلة في الغصب، ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فإنه يضمن النقصان، وإذا دخلت الأوصاف في الغصب يكون الرد بدونها رداً فاسداً. (ك)

(٤) قوله: "وما ذكرناه" أي حاصل ما ذكرناه، وهو أن يردها كما غصب. (نهاية)

(٥) قوله: "شرط صحة إلخ" أي الرد على الوجه الذي أخذ شرط صحة الرد فحيث غصبها، ولم يوجد فيها سبب التلف وهو الحبل وردت، وفيها ذلك لم يوجد شرط صحة الرد فلم يصح الرد. (مل)

(٦) قوله: "والزنا إلخ" جواب عن قولهما: أو زنت في يده إلخ وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المولم لا الجارح، ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان هذا غير ما وجب في يد الغاصب، فلا يضمن. (ع)

(٧) قوله: "فلم يوجد السبب" أي سبب التلف أو الجرح في يد الغاصب، ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك كان سببا حادثا حدث في يد المالك فلا يضمن الغاصب، وبخلاف الحمى فإن الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية، وذا لا يحصل بذلك الحمى عند الغاصب، وهي غير موجبة لما كان بعده، أما الحمل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب الأم الولادة فما يحدث به يكون مضافاً إلى السبب الأول. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ولا يضمن الغاصب" وقد صرح في معتبرات الفتاوى أن منافع الغصب مضمونة عندنا في الوقف، ومال اليتيم وما كان معدا للإجارة. (نت)

(١٠) قوله: "منافع" المنافع كركوب الدابة والحمل عليها والزوائد كالنسل للدابة واللبن لها والثمرة للشجرة. (نور الأنوار)

(١١) قوله: "إلا أن ينقص باستعماله" إنما ذكر الاستعمال لما أن الظاهر أن النقصان إنما يحصل بالاستعمال لأن الغالب أن الغاصب إنما يغصب للاستعمال. (ك)

(١٢) قوله: "ولا فرق في المذهبين" أي في حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعي رحمه الله. (ك)

وقال مالك رحمه الله: إن سكنها يجب أجر المثل، وإن عطلها لا شيء عليه، له أن المنافع أموال متقومة[١]، حتى تضمن بالعقود[٢]، فكذا بالغصوب.

ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه[٣]، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى، فيملكها دفعًا لحاجته، والإنسان لا يضمن ملكه كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها، لأنه لا بقاء لها، ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان[٤].

وقد عرفت هذه المآخذ[٥] في المختلف[٦]، ولا نسلم أنها متقومة[٧] في ذاتها،

---

(١) قوله: "أموال متقومة" وهذا لأن المال اسم لما هو غيرنا مخلوق لمصالحنا، والمنافع بهذه الصفة ولهذا تصلح صداقا والأعيان إنما كانت أموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع، ولهذا يقل مالية العين إذا قل الانتفاع به، فإذا كانت الأعيان أموالا باعتبار منافعها، فلأن يكون المنافع أموالا بنفسها أولى، وهي متقومة لأن التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس، ولهذا يبدلون الأعيان لأجلها فاستحال أن تكون متقومة بنفسها. (ك)

(٢) كعقد الإجارة.

(٣) قوله: "لحدوثها [وهذا لأنها حدثت بفعله وكسبه في يده. ك] إلخ" أي لأن المنافع حادثة في إمكانه أي في تصرفه، وقدرته وكسبه، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى، وما حدث في إمكان الرجل فهو مدكه دفعًا للحاجة كما يملك سائر الأشياء المملوكة له لدفع الحاجة، فإن الملك لا يثبت للعبد إلا للحاجة إلى إقامة التكاليف على أنه قال عليه السلام: «كل الناس أحق بكسبه»، فثبت أن المنافع حاصله في ملك ذلك الرجل، والإنسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها واستهلاكها، لأنها أعراض لا تبقى، وما لا يبقى لا يتصور غصبه واستهلاكه وإتلافه، لأن إتلاف الشيء أو غصبه إنما يرد في حال بقاءه، فلما لم يكن المنافع باقية استحال إتلافها وغصبها، ولئن سلمنا تحقق غصبها وإتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الأعيان، وأما ضمانها بالمنافع فهو مما لم يقل به أحد. (مل)

(٤) قوله: "لسرعة فنائها إلخ" أي لأن المنافع أعراض لا تبقى وقتين، والعين يبقى أوقاتًا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم، وضمان العدوان مبنى على المماثلة بالنص والإجماع، قال الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى﴾ ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾، ولهذا لا يضمن الجيد بالرد. (ك)

(٥) قوله: "هذه المآخذ" أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم وهي ما ذكره أولا بقوله: إنها حصلت على ملك إلخ، وثانيًا أنه لا يتحقق غصبها وإتلافها، ثالثًا أنها لا تماثل الأعيان. (غن)

(٦) أي في مختلف الرواية لأبي الليث رحمه الله.

(٧) قوله: "ولا نسلم إنها متقومة إلخ" أي ما قال الشافعي رحمه الله: إن المنافع أموال متقومة، قلنا: لا نسلم ذلك لأن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة لا عن الانتفاع بالإتلاف، لأن الأكل والشرب لا يسمى تمولا، لأن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والادخار لوقت الحاجة، فالمنافع لا تبقى وقتين، لأنها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول. ولئن سلمنا أن لها حكم المال ليس لها صفة التقوم، لأن التقوم لا يسبق الوجود لأن التقوم إنما يكون بعد الأحرار، ألا ترى أن الصيد و الحشيش غير متقوم قبل الإحراز، وإن كان عينا والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين، فلا يكون متقومًا، وإنما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعًا عند ورود العقد عليها باعتبار إقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة، فبطلت المقايسة، لأن للرضاء أثر في إيجاب الأصول والفضول جميعًا، فالمال يجب بالشرط مقابلا بغير مال، ويجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف وشيء من ذلك لا يثبت بالعدوان، وكل قياس لا يقوم إلا بوصف به يقع الفرق بين

بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد، ولم يوجد العقد، إلا[1] أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين.

فصل[2] في غصب ما لا يتقوم

قال[3]: وإذ أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن، فإن أتلفهما لمسلم لم يضمن.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يضمنهما للذمي أيضًا، وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي على ذمي[4]، أو باعهما[5] الذمي من الذمي.

له أنه سقط تقومهما[6] في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم اتباع لنا في حق الأحكام[7]، فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان[8].

ولنا أن التقوم باقٍ في حقهم[9]، إذ الخمر لهم كالخل لنا[10]، والخنزير لهم كالشاة لنا[11]، ونحن أمرنا[12] بأن نتركهم وما يدينون[13]، والسيف موضوع، فيتعذر

الأصل والفرع فهو باطل. (ك)

(١) لكن.

(٢) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان غصب ما يتقوم وهو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب الضمان أم لا؟. (غن)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) فيضمن عندنا لا عنده.

(٥) جاز البيع عندنا خلافًا له. (ع)

(٦) خمر وخنزير.

(٧) قوله: "لأنهم أتباع لنا إلخ" لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» كما صرح به في "الكافي". (نت)

(٨) أي ما يضمن به.

(٩) قوله: "أن التقوم باقٍ إلخ" تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الأمم الماضية، وكذلك في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام، وورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين، فكانا حرامًا عليهم وبقيا حلالا على الكفار، كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة، ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين، فبقي حلالا في حق الكفار، ألا ترى إلى خطاب الله تعالى إلى المؤمنين في سورة المائدة بقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾، المؤمن هو الذي يفلح، وقال تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾. (غن)

(١٠) قوله: "كالخل لنا" دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور؟ فقالوا: نعشرها، فقال: لا تفعلوا، وولوهم مبيعها وخذوا العشر من أثمانها، فقد جعلها مالا متقومًا في حقهم حيث جوز بيعها، وأمر بأخذ العشر من ثمنها، ولم يفعل ذلك إلا لتدينهم بذلك. (عناية)

(١١) قوله: "كالشاة لنا" في ديانتهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم مع ديانتهم، فيكون تقومهما ثابتًا في حقهما نظرا إلى ديانتهما، ولا يمكننا العمل بديانتنا لأنه يتضمن الإلزام، ولا إلزام بالسيف والسيف موضوع، فيتعذر الإلزام، فتعين

الإلزام، وإذ بقى التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم، فيضمنه[١] بخلاف الميتة[٢] والدم، لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين تمولهما[٣] إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن[٤] كان[٥] من ذوات الأمثال، لأن المسلم ممنوع عن تمليكها[٦] لكونه إعزازاً لها، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين، لأن الذمى غير ممنوع[٧] عن تمليك الخمر وتملكها.

وهذا[٨] بخلاف الربا[٩]، لأنه مستثنى عن عقودهم[١٠]، وبخلاف العبد المرتد[١١] يكون للذمى لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له[١٢] لما فيه من الاستخفاف

العمل بديانتهم. (أعظمى)

(١٢) قوله: "ونحن أمرنا إلخ" يعنى لا نجادلهم على الترك والسيف موضوع يعنى لا يجبرون على الترك بالإلزام بالسيف لعقد الذمة، وحينئذ تعذر الإلزام على ترك التدين، فبقى التقوم فى حقهم، وإذا بقى إلخ. (عناية)

(١٣) قوله: "وما يدينون [أى ما يعتقدون]" ونوقض بما إذا مات المجوسى من ابنتين إحداهما امرأته، فإنها لا تستحق بالزوجية شيئاً من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها فى جميع الأديان، إذا لم يوجد مانع، ولم يوجد فى ديانتهم، ثم لم نتركهم وما يدينون، وأجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم، فلا بد له من بيان. (نهاية)

(١) الغاصب.

(٢) قوله: "بخلاف الميتة [جواب للمقيس عليه للشافعى رحمه الله، ولم يذكر فى الكتاب. ع]" والمراد بالميتة هى التى ماتت حتف أنفها حتى لو ماتت بالضرب، أو بالخنق يضمنه المسلم عند أبى حنيفة رحمه الله، خلافاً لمحمد رحمه الله. (ك)

(٣) قوله: "لا يدين تمولهما" أى إعزازهما، وادخارهما حتى يثبت التقوم. (أعظمى)

(٤) الواو وصلية.

(٥) الخمر.

(٦) قوله: "عن تمليكهما" وإن استهلكها بعض الذميين لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه. (عناية)

(٧) فيجرى الضمان بينهما بالمثل. (أعظمى)

(٨) قوله: "وهذا [أى قوله: ونحن أمرنا بأن نتركهم إلخ. عناية]" أى هذا الذى ذكرنا من كون الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها بخلاف الربا، فإنه ممنوع عنه لأن الربا مستثنى إلخ. (غن)

(٩) قوله: "بخلاف الربا" فإنا نتعرض لهم فى إبطال عقود الربا لأنا لا نضمن لهم ترك التعرض فى ذلك مع قول رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد». (كافى)

(١٠) قوله: "مستثنى إلخ" فلا يشمله عقد الذمة الموجب لترك التعرض فيما يدينونهم، وأيضاً أخذ الربا ليس بديانة منهم، إذ لم يجز الربا فى دين من الأديان خصوصاً أهل الكتاب، قال الله تعالى فى حقهم: ﴿وأخذهم الربا وقد نهوا عنه﴾، فإن قيل: قوله عليه السلام: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد» يقتضى انتفاء عقد الذمة بأخذ الربا.

قلنا: يجب تأويله بأنه ليس بيننا وبينه العمل بموجب العهد فى حق ترك التعرض عليه جميعاً بينه وبين الأدلة الدالة على حرمة القتال عند قبول الجزية. (أعظمى)

(١١) قوله: "وبخلاف العبد المرتد [فإنه يقتل. (ك)]" فإن المسلم إذا أتلفه لا يضمن شيئاً، إن كان اعتقاد الذمى أن العبد المرتد مال متقوم، وهو أيضاً فى الحقيقة مقيس عليه للشافعى رحمه الله. (ع)

(١٢) أى للعبد المرتد. (ك)

بالدين، وبخلاف متروك التسمية[١] عامداً إذا كان لمن يبيحه[٢]، لأن ولاية المحاجة ثابتة.

قال[٣]: فإن غصب من مسلم خمراً فخللها، أو جلد ميتة فدبغه، فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء، ويأخذ جلد الميتة، ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه.

والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل[٤] من الشمس إلى الظل، ومنه إلى الشمس، وبالفصل الثاني إذا دبغه بماله قيمة كالقرظ[٥] والعفص[٦] ونحو ذلك.

---

(١) قوله: وبخلاف متروك التسمية إلخ" يتعلق بقوله: أمرنا بأن نتركهم إلخ يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى، وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمة عامداً لأنه مال متقوم فى اعتقاد الشافعي رحمه الله.

ووجه الجواب ما قال: إن ولاية المحاجة ثابتة، والدليل الدال على حرمته قائم، فلم يعتبر اعتقادهم فى إيجاب الضمان هذا ما قالوا: ولقائل أن يقول: لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة فإن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قرر، فالجواب أن الدليل هو قوله عليه السلام: «اتركوهم وما يدينون» وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف فى حق المجتهدين. (عناية)

قوله: "وبخلاف متروك التسمية عامداً" يعنى إذا أتلف حنفى متروك التسمية عمداً، وهو مباح عند الشافعية لا يجب ضمانه، لأنه وإن كان حلالا فى زعم الشافعية لكن ولاية المحاجة ثابتة معهم، فإن قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق﴾ صريح فى أن متروك التسمية عمداً حرام، فلا يعتبر اعتقاد الشافعية فيه.

لا يقال: ظاهره يقتضى أن لا يحل متروك التسمية سهوا أيضاً، لأنا نقول السهو عن الشيء فى حكم ذكره لعدم القصد فيه، فلم يصر متروك التسمية حقيقة بخلاف متروك التسمية عمداً. واعترض عليه من قبل الشافعية بأنكم خصصتم النص بالعامد، وأخرجتم الناسى فلنا أن تخرج العامد قياساً عليه. وأجيب عنه بأنه لو خرج العامد والناسى كلاهما بقى النص بلا مدلول، وهذا مردود بأن الشافعية حملوا هذا النص على الميتة، فلا يبقى النص بلا مدلول، والحق فى الجواب أن يقال: قياس العامد على الناسى قياس مع الفارق، فإن من ترك اسم الله عمداً يصدق عليه أنه لم يذكر اسم الله عليه، ومن تركه سهواً لايقال: إنه تركه أو لم يذكره، لأن تركه فى حكم ذكره.

وههنا بحث وهو أن ولاية المحاجة وإن كانت ثابتة لكنا لا نقطع بخطأ مذهب الشافعية فى هذه المسألة كيف، والحق دائر بين مذاهب المجتهدين، وكلهم آخذون عن ينبوع الشريعة فبأيهم اقتديتم اهتديتم، غاية ما فى الباب أن يكون دليل مذهبنا فى هذه المسألة أرجح وأقوى، ولو لا يستلزم كون مذهبهم خطأ قطعا خصوصا إذا كان مذهب الخصم مثبتاً بدليل شرعى عنده، وإن كان باطلا عندنا فثبوت ولاية المحاجة لا يستلزم أن لا يجب الضمان.

وأمثال هذه المسألة مبسوطة فى مواضعها ومفصلة فى تصانيفى، ومن ههنا ظهر أن ما فى الدر المختار والأشباه وغيره أنا إذا سألنا عن مذهبنا أجبنا بأنه صواب يحتمل الخطأ، وإذا سألنا عن مذهب مخالفنا أجبنا بأنه خطأ يحتمل الصواب ليس بصحيح لكونه مخالفاً للمعقول، والمنقول، ولما بسطوه فى علم الأصول فتعرف. (مولانا محمد عبد الحيء، دام فيضه)

(٢) قوله: "إذا كان لمن يبيحه" وهو الشافعي، ومن تابعه، يعنى لو أتلف متروك التسمية عمداً على قول الشافعي رحمه الله لا يضمن فإن ولاية الإلزام بالمحاجة، والدليل ثابتة، وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية عمداً حرام ليس بمال، فلهذا لا يعتبر اعتقادهم فى إيجاب الضمان. (ك)

(٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٤) أى بغير خلط شيء. (ع)

(٥) قوله: "كالقرظ [بفتحتين: ورق السلم. ع]" قرظ -بفتح قاف وسكون را وظا معجمة- ماهيت آن گفته

والفرق أن هذا التخليل[1] تطهير له[2] بمنزلة غسل الثوب النجس، فيبقى[3] على ملكه[4] إذ لا يثبت المالية به، وبهذا الدباغ[5] اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ فى الثوب، فكان بمنزلته، فلهذا يأخذ الخل بغير شىء، ويأخذ الجلد، ويعطى ما زاد الدباغ فيه.

وبيانه أنه ينظر إلى قيمته[6] ذكيًا غير مدبوغ، وإلى قيمته مدبوغًا، فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه[7] حتى يستوفى حقه كحق الحبس[8] فى المبيع.

قال[9]: وإن استهلكهما[10] ضمن الخل[11]، ولم يضمن الجلد عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: يضمن[12] الجلد مدبوغًا، ويعطى[13] ما زاد الدباغ فيه، ولو هلك[14] فى يده[15] لا يضمنه بالإجماع.

اند ثمر نوعى از ام غيلان ست كه اقاقيا عصاره آن وصمغ عربى صمغ آن است درخت آن خار دارد بعضى بزرگ سلم گويند وساق درخت آن قوى وچوب آن صلب واهل هند وبنگاله پاله گرد ژى وچهكڑه ازان ميسازند براى صلابت آن واز برگ وثمر آن باغت اديم وپوست حيوانات مى نمايند، وآن را جلود القرظ مى نامند. (مخزن الأدويه)

(٦) قوله: "والعفص" عفص -بفتح عين وسكون فا وصاد مهمله- بفارسى مازو وبهندى مازو پهل نامند وآن ثمر درختيست بسيار شبيه ببلوط. (مخزن الأدوية)

(١) أى بلا إلقاء شىء.

(٢) قوله: "تطهير له" وهذا لأن نجاسة الخمر قابلة للزوال لأنها باعتبار الخمرية وقد زالت من غير أن يقوم بها شىء من ملكه، فصار التخليل كغسل الثوب النجس، ومن غصب ثوبًا نجسًا وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذا ههنا. (كفاية)

(٣) الخمر.

(٤) المالك.

(٥) أى بما له قيمة.

(٦) قوله: "إلى قيمته [جلد] ذكيًا [مذبوحًا] إلخ" لأنه لا يكون لجلد الميتة قيمته فتقوم ذكيًا لذلك. (ك)

(٧) الجلد.

(٨) لاستيفاء الثمن.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) الغاصب.

(١١) إجماعا.

(١٢) الغاصب.

(١٣) المالك.

(١٤) الجلد.

أما الخل[١] فلأنه لما بقى على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف[٢]، ويجب مثله، لأن الخل من ذوات الأمثال.

وأما الجلد[٣] فلهما أنه[٤] باقٍ على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه[٥]، وهو مال متقوم، فيضمنه[٦] مدبوغًا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه، كما إذا غصب ثوبًا فصبغه ثم استهلكه يضمنه[٧] ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، ولأنه[٨] واجب الرد[٩]، فإذا فوته[١٠] عليه يخلفه قيمته كما فى المستعار[١١]، وبهذا[١٢] فارق الهلاك بنفسه.

وقولهما: يعطى[١٣] ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس[١٤]، أما عند اتحاده يطرح عنه[١٥] ذلك القدر، ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الأخذ منه[١٦] ثم

---

(١٥) الغاصب.

(١) أى أما ضمان الخل عند الاستهلاك.

(٢) قوله: "و [الواو حالية] هو مال متقوم إلخ" فإن العصير كان مالا متقومًا له فإذا صار خمرًا صار غير متقوم، ولكونه غير متقوم لا يزول ملكه عنه، ولهذا لو غصب خمر إنسان فللمالك أن يستردها فعلم أن الملك لا يفتقر إلى التقوم، فإذا زالت صفة النجاسة عاد متقومًا كما كانت لا أن التقوم يثبت الآن. (ك)

(٣) أى أما حكم الجلد عند الاستهلاك فعلى الخلاف فلهما إلخ.

(٤) الجلد.

(٥) قوله: "حتى كان له [المالك] إلخ" قال القدورى: يعنى إذا غصب الجلد من منزله فأما إذا ألقاه صاحبه فى الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه، وعن أبى يوسف أن له أن يأخذه فى هذه الصورة أيضًا. (ك)

(٦) الغاصب.

(٧) أى يضمن الغاصب الثوب المصبوغ.

(٨) دليل آخر.

(٩) يعنى أن الجلد لو كان قائمًا وجب على الغاصب الرد. (عناية)

(١٠) الغاصب.

(١١) قوله: "كما فى المستعار" يعنى أن المستعار واجب الرد فإذا فوت المستعير بالاستهلاك يجب عليه القيمة، وإذا فات فلا، فكذا هـ[illegible] واجب الرد، فإذا فوته وجب عليه قيمته، وإذا هلك فلا. (غاية البيان)

(١٢) قوله: "وبهذا [أى التفويت] فارق [إتلاف]" أى الاستهلاك الهلاك لأنه لا تفويت منه هناك، كذا قيل.

(١٣) المالك.

(١٤) قوله: "محمول على اختلاف الجنس [فإن القاضى يقضى بما يشترى به فى الأسواق ويباع. ك]" يعنى أن القاضى قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة، وأخذ ما زاد الدباغ، أما إذا قومها بالدراهم أو الدنانير فيطرح عنه إلخ. (عناية)

(١٥) أى عن ضمان الجلد.

(١٦) الغاصب.

الرد عليه[١].

وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب[٢]، وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقومًا فيه، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه، فكان[٣] حقًا له، والجلد تبع له[٤] فى حق التقوم، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه، فكذا[٥] التابع، كما إذا هلك من غير صنعه[٦]، بخلاف وجوب الرد[٧] حال قيامه[٨]، لأنه يتبع الملك، والجلد غير تابع للصنعة[٩] فى حق الملك لثبوته[١٠] قبلها وإن[١١] لم يكن متقومًا، بخلاف الذكى والثوب[١٢]؛ لأن التقوم فيهما كان ثابتًا قبل الدبغ والصبغ، فلم يكن[١٣] تابعًا للصنعة.

ولو كان[١٤] قائمًا، فأراد المالك أن يتركه على الغاصب[١٥] فى هذا الوجه، ويضمنه قيمته[١٦].

قيل: ليس له ذلك[١٧]، لأن الجلد[١٨] لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب، لأن

---

(١) الغاصب.

(٢) أى الدباغة.

(٣) التقوم.

(٤) أى لصنع الغاصب.

(٥) لئلا يلزم مخالفة التبع أصله. (ع)

(٦) قوله: "كما إذا هلك من غير صنعه" فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمونة، فكذا الجلد وإلا فالقبض موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك. (عناية)

(٧) جواب عن قولهما: ولأنه واجب الرد.

(٨) الجلد.

(٩) قوله: "والجلد غير تابع إلخ" والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والأصل فيه الصنعة وهى غير مضمونة فكذا ما يتبعها، والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع، فوجب رده ويتبعه الصنعة. (عناية)

(١٠) الصنعة.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "بخلاف الذكى [المذبوح] والثوب" جواب عن قولهما: كما إذا غصب ثوبا وأقحم الذكى استظهاراً لأن التقوم فى الذكى والثوب كان ثابتًا إلخ. (عناية)

(١٣) التقوم.

(١٤) الجلد المدبوغ بما له قيمة.

(١٥) أى فى الوجه الذى دبغه بشىء متقوم.

(١٦) أى بعد أن صار مالا متقوما بالدباغة. (نت)

(١٧) أى بلا خلاف. (غن)

(١٨) قوله: "لأن الجلد" أقول: تعليل القول الاتفاقى بقوله: لأن الجلد لا قيمة له مشكل عندى فإنه لا يتمشى

له[1] قيمة، وقيل: ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما له ذلك، لأنه إذا تركه عليه[2]، وضمنه عجز الغاصب[3] عن رده، فصار كالاستهلاك[4]، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه[5].

ثم قيل[6]: يضمنه[7] قيمة جلد مدبوغ، ويعطيه ما زاد الدباغ فيه، كما في الاستهلاك[8]، وقيل: يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ[9]، ولو دبغه[10] بما لا قيمة له كالتراب والشمس، فهو[11] لمالكه بلا شيء، لأنه بمنزلة غسل الثوب[12]، ولو استهلكه الغاصب[13] يضمن قيمته مدبوغًا[14]، وقيل: طاهرًا[15] غير مدبوغ، لأن

على أصل الأمامين، إذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم، فيضمنه مدبوغًا بالاستهلاك، ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه إلخ، والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى. (نت)

(١) أي للثوب.

(٢) قوله: "لأنه إذا تركه [دليل أن في المسألة خلافًا لا دليل المتخالفين. عناية] إلخ" أي لم يأخذه برد قيمة الدباغ إليه وضمنه قيمة الجلد الذكي عجز الغاصب إلخ. (ك)

(٣) قوله: "عجز الغاصب" فإن العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان لأمر من جهة الغاصب، فإن المالك إنما تركه عليه، وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ما له قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه إعطاء ما يقابل ذلك الزائد، وهو لا يقدر على إعطائه، أو لا يهمه ذلك فكان السبب الأصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه، ألا يرى أنه لو دبغه بما لا قيمة له، فكان هو لمالكه بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه، وتضمينه القيمة أصلا. (نت)

(٤) قوله: "فصار كالاستهلاك إلخ" وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لأمر من جهة الغاصب، وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز تضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك. (ع)

(٥) قوله: "على ما بيناه" من الدليل لأبي حنيفة ولصاحبيه في استهلاك قبل هذا. (غاية البيان)

(٦) يعني لما كان عندهما للمالك ولاية التضمين اختلف المشايخ على قولهما. (غن)

(٧) والكلام فيما إذا دبغه بشيء له قيمة. (ك)

(٨) يعني مسألة الاستهلاك التي تقدم ذكرها أن عنده لا يضمن، وعندهما يضمن. (ك)

(٩) قوله: "وقيل: يضمنه إلخ" أقول ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي فإن قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها. (نت)

(١٠) الجلد.

(١١) الجلد.

(١٢) وهو لا يزيل ملك المالك. (ع)

(١٣) وعليه الجمهور. (كافي)

(١٤) قوله: "يضمن قيمته إلخ" وإنما كان الضمان في قولهم جميعًا لأنه صار مالا على ملك صاحبه، ولا حق للغاصب فيه، وكانت المالية والتقوم جميعًا حقًا للمالك فيضمن بالاستهلاك، واختلفوا في كيفية الضمان، فقيل ضمن قيمته مدبوغًا إلخ. (ع)

(١٥) ذكي.

وصف الدباغة هو الذى حصله، فلا يضمنه.

وجه الأول وعليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد[١]، فلا تفرد عنه، وإذا صار الأصل مضمونًا عليه، فكذا صفته، ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيها، قالوا[٢]: عند أبى حنيفة رحمه الله صار ملكًا للغاصب، ولا شيء له عليه[٣].

وعندهما أخذه المالك و أعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد، ومعناه ههنا[٤] أن يعطى مثل وزن الملح من الخل.

وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه، فهو على ما قيل[٥]، وقيل: فى دبغ الجلد، ولو استهلكها لا يضمنها عند أبى حنيفة رحمه الله خلافًا لهما، كما فى دبغ الجلد، ولو خللها بإلقاء الخل فيها، فعن محمد رحمه الله أنه إن صار خلا من ساعته[٦] يصير ملكًا للغاصب، ولا شيء عليه، لأنه استهلاك[٧] له وهو[٨] غير متقوم، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا، فهو بينهما على قدر كيلهما، لأنه خلط الخل بالخل[٩] فى التقدير، وهو على أصله ليس باستهلاك[١٠].

وعند أبى حنيفة رحمه الله هو للغاصب فى الوجهين[١١]، ولا شيء عليه، لأن نفس الخلط استهلاك عنده، ولا ضمان فى الاستهلاك[١٢]؛ لأنه أتلف ملك[١٣] نفسه.

---

(١) فإنه حصلت الدباغة بغير ما له قيمة.

(٢) قوله: "قالوا" يشير إلى أن ثمة قولا آخر وهو ما قيل: إن هذا والأول سواء، لأن الملح صار مستهلكًا فيه. (ع)

(٣) لأنه استهلاك. (ك)

(٤) أى معنى إعطاء ما زاد الملح.

(٥) قوله: "فهو على ما قيل" وقيل بتكرار، قيل: إشارة إلى القولين المذكورين فيه، يعنى قيل: ليس له ذلك بالاتفاق، وقيل: ليس له ذلك عند أبى حنيفة. (ع)

(٦) أى من ساعة الإلقاء.

(٧) قوله: "لأنه استهلاك" لأن الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك إلى عين حقه بواسطة ذلك [illegible]مل، لأن إعدام الذوات ليس فى قدرة البشر، ولا كذلك إذا تخللت بعد ساعته، لأنها بالإلقاء لم تصر مستهلكة [illegible]ـها على حالها. (ك)

(٨) الواو حالية.

(٩) أى بالخل الكائن فى التقدير، وإن كان حال الخلط خمراً.

(١٠) قوله: "وهو على أصله إلخ" يعنى أن أصل محمد رحمه الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله أيضًا إن خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما، وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما، فإن أتلفه فقد أتلف خل نفسه وغيره، فيضمن خل المغصوب منه. (ع)

(١١) قوله: "فى الوجهين" يعنى ما إذا صارت خلا من ساعة أو بعد ضمان. (ع)

وعند محمد رحمه الله لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول[١] لما بينا[٢]، ويضمن في الوجه الثاني[٣]، لأنه أتلف ملك غيره، وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب[٤] على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها[٥] بغير شيء، لأن الملقى[٦] يصير مستهلكًا في الخمر، فلم يبق متقوما، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ[٧]، وقد أثبتناها في "كفاية المنتهي".

قال[٨]: ومن كسر لمسلم بربطًا[٩]، أو طبلا، أو مزمارًا[١٠]، أو دفًا، أو أراق[١١] له سكرًا، أو منصفا فهو ضامن، وبيع هذه الأشياء جائز، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يضمن، ولا يجوز بيعها، وقيل: الاختلاف[١٢] في الدف والطبل الذي يضرب للهو، فأما طبل الغزاة[١٣] والدف

---

(١٢) قوله: "ولا ضمان في الاستهلاك" أي في استهلاك الخمر بخلط الخل، لأن خمر المسلم لا يضمن. (غن)

(١٣) أي الخل.

(١) قوله: "في الوجه الأول" أي فيما إذا صار خلا من ساعة. (ك)

(٢) قوله: "لما بينا" أي أنه يصير ملكًا للغاصب ولا شيء عليه. (ك)

(٣) أي ما إذا صار خلا بعد ساعة.

(٤) قوله: "أجروا جواب الكتاب" يعني "الجامع الصغير" وهو قوله: لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء معناه أن بعضهم حملوه على الوجه الأول، وهو التخليل بغير شيء كما تقدم، وبعضهم أجروه على إطلاقه، وقالوا: للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلهما، وهو التخليل بغير شيء، والتخليل بصب الخل والتحليل بإلقاء الملح فيها، فإن الملقى يصير إلخ. (م)

(٥) قوله: "في الوجوه كلها" أي في الوجوه الثلاثة وهي التخليل بغير شيء والتخليل بإلقاء الملح، والتخليل بصب الماء فيه. (غن)

(٦) الخل والملح.

(٧) قوله: "وقد كثرت فيه إلخ" بعضم قالوا: المخلوط ههنا مشترك بالإجماع لأن عنده إنما ينقطع حق المالك بالاستهلاك إذا ضمنه بالخلط كالمكيل والموزون إذا غصبه، وخلط بمثله من ملك نفسه، فإذا لم يكن مضمونًا عليه لا ينقطع، ووجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشتركًا كالمكيل إذا اختلط بنفسه بمكيل آخر بغيره. (ك)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "بربطًا [عود]" بربط ساز يست معروف كه آنرا عود نيز گويند، كذا في "المنتخب"، ودر مؤيد الفضلاء آورده نوعي از مزامير كه درو تارهاى افريشمى بندند، وآن خرو تراز باب ست، وفي "منتهى الأرب": بربط كجعفر عود كه آن را مى نوازند، معرب بربط باست ضافت يعني سينة ربط.

(١٠) بالكسر: ناى كه مى نوازند. (م)

(١١) أي صب. (م)

(١٢) بينه وبينهما.

الذى[1] يباح ضربه فى العرس[2] يضمن بالإتلاف من غير خلاف، وقيل: الفتوى فى الضمان[3] على قولهما.

والسكر اسم للنى[4] من ماء الرطب[5] إذا اشتد[6]، والمنصف[7] ما ذهب نصفه بالطبخ، وفى المطبوخ[8] أدنى طبخة، وهو الباذق عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى التضمين والبيع.

لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر[9]، ولأنه فعل ما فعل آمرًا بالمعروف، وهو بأمر الشرع[10]، فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام[11].

ولأبى حنيفة رحمه الله أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من[12] وجوه الانتفاع، وإن صلحت لما لا يحل[13]، فصار كالأمة المغنية، وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار، فلا يوجب سقوط التقوم، وجواز البيع، والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم، وباللسان إلى غيرهم، وتجب قيمتها غير صالحة[14] للهو، كما فى الجارية المغنية، والكبش[15] النطوح[16]

(١٣) جمع غازى.

(١) احتراز عما يكون مع الجلاجل.

(٢) أى مجلس النكاح، عرس -بالضم وبفتحتين- نكاح كردن. (م)

(٣) أى لا يضمن.

(٤) الخام.

(٥) أى عصير الرطب غير مطبوخ.

(٦) المراد بالاشتداد الصلاحية للإسكار. (ع)

(٧) قوله: "والمنصف" اعلم أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلاثة على قسمين أحدهما: المطبوع أدنى طبخة وهو المسمى بالباذق، والآخر المنصف، وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، وكل واحد منهما حرام عندنا. (نت)

(٨) قوله: "وفى المطبوخ" قال فى القاموس: الباذق -بكسر الذال وفتحها- ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة، فصار شديداً. (نت)

(٩) فإنه مال غير متقوم.

(١٠) أى الأمر بالمعروف.

(١١) قوله: "كما إذا فعل إذن الإمام" يعنى لو فعل بأمر نائب الشرع وهو الإمام لا يضمن فإذا فعله بأمر الشرع أولى، وعن شريح رحمه الله أن رجلين اختصما إليه فى طنبور فلم يلتفت إليهما حتى قاما من عنده.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لو كنت أنا فإن كان خصومتهما، وهو فى أيديهما، أو فى يد أحدهما كسرته وعزرتهما، وإن كسره أحدهما والآخر يطلب الضمان ضربت الذى كسره جبرا أوجعت الآخر عقوبة. (كفاية)

(١٢) بيان ما.

(١٣) من أنواع الانتفاع.

(١٤) قوله: "غير صالحة" ففى البربط يضمن الخشب الصالح للاستعمال، وكذا الباقى، وفى سكر ونحوه يضمن

والحمامة[1] الطيارة والديك[2] المقاتل، والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور، كذا هذا.

وفى السكر والمنصف تجب قيمتهما، ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه، وإن كان لو فعل جاز[3]، وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصرانى صليبًا[4] حيث يضمن قيمته صليبًا، لأنه مقر على ذلك[5].

قال[6]: ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت فى يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: يضمن قيمتهما، لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق، ومالية أم الولد غير متقومة عنده، وعندهما متقومة، والدلائل ذكرناها[7] فى كتاب العتاق من هذا الكتاب.

قيمته صالحًا لكونه خلا وغيره. (مجمع الأنهر)

(١٥) قوله: "والكبش" كبش ب-الفتح وشين معجمة- گوسپند نر يعنى ميش نر شاخدار جنگى از "منتخب ولطائف". (غياث)

(١٦) نطح -بالفتح- شاخ زدن گاؤ وگوسفند وجز آن. (م)

(١) حمامة -بالفتح- كبوتر وهر مرغ طوق دار. (م)

(٢) الخروس.

(٣) لوجود أصل المالية والتقوم.

(٤) قوله: "صليبًا" فى "المغرب": الصليب شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى، وفى "المنتخب": صليب چوبيست كه ترسايان دارند بدين شكل +، وبفارسى آن را چليپا گويند.

(٥) أى على دينه.

(٦) أى محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة. (عينى)

(٧) قوله: "ذكرناها" قبيل باب عتق أحد العبدين حيث قال: وجه قولهما أنها منتفع به وطئًا وإجارة واستخدامًا، وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعًا لا يسقط تقومها كما فى المدبر، ولأبى حنيفة رحمه الله أن التقوم بالإحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوم، والإحراز للتقوم تابع بخلاف المدبر. (مل)

فهرس المحتويات